

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA - UNIR**  
***CAMPUS* – CACOAL**  
**DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO**

**DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL: IMPOSSIBILIDADE  
DE CONVERSÃO DA PENA IMEDIATA APLICADA EM PRIVATIVA  
DE LIBERDADE**

**Daniela Christina Klemz Eller**

Cacoal, Rondônia  
2007

**DANIELA CHRISTINA KLEMZ ELLER**

**DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL: IMPOSSIBILIDADE  
DE CONVERSÃO DA PENA IMEDIATA APLICADA EM PRIVATIVA  
DE LIBERDADE**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia - *Campus* de Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Especialista Nilton Ladislau da Silva.

Cacoal, Rondônia  
2007

## **PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR (A) ORIENTADOR (A)**

A acadêmica Daniela Christina Klemz Eller desenvolveu o trabalho **DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA IMEDIATA APLICADA EM PRIVATIVA DE LIBERDADE**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia apresentado ao Departamento de Direito na Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR, *Campus* de Cacoal, Rondônia.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim sendo, a acadêmica está apta para a apresentação expositiva da Monografia, junto à Banca Examinadora.

Cacoal/RO, 10 de Setembro de 2007.

---

**Prof. Esp. Nilton Ladislau da Silva**  
Orientador

**DANIELA CHRISTINA KLEMZ ELLER**

**DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL: IMPOSSIBILIDADE DE  
CONVERSÃO DA PENA IMEDIATA APLICADA EM PRIVATIVA DE LIBERDADE**

**BANCA EXAMINADORA**

_____ 1º Avaliador	_____ NOTA
_____ 2º Avaliador	_____ NOTA
_____ 3º Avaliador	_____ NOTA
_____ MÉDIA	

Cacoal, Rondônia  
2007

Dedico à minha família, em especial à minha mãe, Zilda, sempre presente e companheira, testemunha dos meus esforços e apoiadora dos meus objetivos.

Agradeço a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram na elaboração do presente, especialmente, aos colegas de trabalho do TJ - 2ª Vara Criminal de Cacoal.

A moral política não pode oferecer à sociedade nenhuma vantagem durável, se não estiver baseada em sentimentos indeléveis do coração do homem.

Qualquer lei que não estiver fundada nessa base achará sempre uma resistência que a constrangerá a ceder. Desse modo, a menor força, aplicada continuamente, destrói por fim um corpo de aparência sólida, pois lhe imprimiu um movimento violento.

Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano; encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir.

Cesare Beccaria

## RESUMO

ELLER, Daniela Christina Klemz. **Descumprimento da Transação Penal: Impossibilidade de Conversão da Pena Imediata Aplicada em Privativa de Liberdade**, 77 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal, 2007.

O Direito Processual Penal Brasileiro sofreu uma grande reformulação em seus conceitos e procedimentos a partir da edição da Lei nº 9.099/95, cuja previsão encontra-se no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, tratando da criação dos Juizados Especiais Criminais, disciplinados a partir do artigo 60 da mencionada Lei, com competência para a conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo. Pelas inovações trazidas, o referido diploma é considerado um marco inicial no ordenamento jurídico pátrio por derrubar verdadeiros dogmas jurídicos, especialmente em matéria penal, criando a justiça criminal consensual, destacando-se principalmente pela tentativa de introduzir uma política moderna de penas alternativas à privativa de liberdade e pela criação de institutos sem precedentes legislativos, tais como a Transação Penal, da qual trataremos, apontando as consequências de seu inadimplemento injustificado por parte do suposto infrator do fato delituoso, quando o legislador pretendeu permitir a realização de uma política criminal mais eficaz, objetivando a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, dentre outras medidas despenalizadoras e facilitadoras do processo em delitos de menor potencial ofensivo, ou mesmo, medidas para se evitar o processo e seus dissabores, na busca da otimização da prestação jurisdicional e na sua efetividade, valendo-se dos princípios da celeridade e economia processual.

**Palavras-chave:** Juizado Especial Criminal. Transação Penal. Descumprimento.



## **ABSTRACT**

ELLER, Daniela Christina Klemz. **Disobedience of the penal transaction: the impossibility of conversion of the immediate punishment applied into privative liberty penalty.** 77 pages, Final Paper. Fundação Universidade Federal de Rondônia – Campus Cacoal, 2007.

The Brazilian Penal Procedural law has suffered a great change in its concepts and proceedings from the edition of the law 9.099/95, whose prevision is in the article 98, section I, in the Federal Constitution, dealing with the creation of Special Criminal Courts, established in the article 60 of the mentioned law, with competence for the conciliation, judgment and execution of minor offences, through verbal and highly summarized proceedings. Because of the innovations it has brought, the law is considered an initial landmark in the native legal system, since it describes true legal dogmas, especially in criminal matters, bringing about the consensual criminal justice, standing out mainly for the attempt to introduce a modern police of punishments being an alternative to the restriction of freedom and for the creation of Justinian codes without legislative proceedings such as the Penal Transaction, which we will talk about in this project, mentioning the consequences of its unjustified breach of contract made for the alleged infractor of the criminal fact, when the legislator wanted to allow for the realization of a more effective criminal police aiming at making up for the damage caused by the victim and the application of a penalty which doesn't restrict freedom, among other measures of lesser degree, which make the process in crimes of minor offensive potential easier, or even measures to avoid the process and its bad side, in the search of the optimization of the judgment and its effectiveness, using the principles of celerity and procedural economy to reach this goal.

**KEY-WORDS:** Special Criminal Courts. Penal Transaction. Law Disobedience.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>2. HISTÓRICO DA LEI Nº 9.099/95.....</b>	<b>17</b>
2.1 – DIREITO E SOCIEDADE.....	18
2.2 – DA AUTOTUTELA À JURISDIÇÃO.....	20
2.3 – A AUTOTUTELA.....	20
2.4 – A AUTOCOMPOSIÇÃO.....	21
2.5 – A ARBITRAGEM.....	22
2.6 – A NORMA PENAL.....	23
2.7 – OS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	25
2.8 – OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA LEI Nº 9.099/95.....	28
2.9 – MEDIDAS DESPENALIZADORAS NA LEI Nº 9.099/95.....	31
<b>3. A TEORIA DO GARANTISMO PENAL.....</b>	<b>34</b>
3.1 – CONCEITO.....	34
3.2 – AS ACEPÇÕES DO TERMO “GARANTISMO”, CONCEBIDAS POR FERRAJOLI.....	37
3.2.1 – A Primeira Acepção – O Modelo Normativo de Direito.....	37
3.2.2 – A Segunda Acepção do Termo – Validade x Efetividade.....	38
3.2.3 – A Terceira Acepção do Termo – O Ponto-de-vista Externo de Legitimidade.....	38
3.4 – ASPECTO FORMAL E SUBSTANCIAL NA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO.....	39
<b>4. O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL.....</b>	<b>43</b>
4.1 – CONCEITO.....	43
4.2 – CABIMENTO.....	46
4.3 – A FASE DA TRANSAÇÃO PENAL.....	51
4.4 – NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA QUE HOMOLOGA A TRANSAÇÃO.....	52
4.5 – RECURSOS CABÍVEIS.....	54
<b>5. CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL.....</b>	<b>56</b>
5.1 – O ACORDO NÃO CUMPRIDO.....	56
5.2 – EXECUÇÃO DO ACORDO HOMOLOGADO E PRISÃO.....	57
5.3 – PROSSEGUIMENTO DO FEITO E A INSTRUÇÃO CRIMINAL.....	63
5.4 – ASPECTOS LEGAIS PARA A NÃO EXECUÇÃO DA PENA.....	65

<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>73</b>
-------------------------------------	-----------

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>
-------------------------	-----------

## **ANEXOS**

## 1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o ordenamento jurídico brasileiro adquiriu um novo paradigma processual penal, compatível com o eixo ideológico do Direito Penal Mínimo, baseado na busca da solução dos conflitos penais com a mínima intervenção estatal, possibilitando a máxima garantia dos direitos fundamentais do cidadão, com a missão de defender os direitos humanos, positivados pela Constituição Federal de 1998.

Busca-se, com o presente trabalho, o exame das questões fundamentais alusivas ao instituto da Transação Penal, figura inovadora trazida pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, uma vez que possibilita a aplicação de pena sem que seja necessário o exame de mérito após rigorosa instrução processual, nos crimes denominados de menor potencial ofensivo.

Com a aplicação da referida Lei, que teve seu artigo 61 alterado posteriormente pela Lei 10.509/03, que ampliou o conceito de delito de menor potencial ofensivo, nas infrações em que a lei preveja pena máxima não superior a dois anos (e, recentemente, pela Lei 11.313 de 28/06/2006, que admitiu a cumulação com pena de multa), o conflito penal pode ser resolvido na audiência preliminar de conciliação, com a simples anuência do indiciado a proposta oferecida pelo titular da ação penal.

Caso o suposto infrator aceite a proposta, extingue-se o procedimento e o autor dos fatos fica impossibilitado de ser beneficiado com a transação penal por 05 (cinco) anos, mas não constará o seu nome na certidão de antecedentes criminais (art. 76, § 4º). Não aceitando a proposta, poderá o representante do Ministério Público oferecer a denúncia ao Juiz para

que seja realizada a Audiência de Instrução e Julgamento e, conseqüentemente, ser prolatada uma sentença condenatória ou absolutória.

Ocorre que, no caso de descumprimento injustificado da transação penal homologada, grande parte da doutrina entende que deva ser executado o acordo consoante o artigo 85, da Lei no 9.099/95 (que permite a conversão em pena privativa de liberdade).

Destarte, intenta-se demonstrar que este procedimento não é o correto, frente à ordem constitucional vigente, impondo-se, nesse caso, o prosseguimento da persecução penal, consoante os princípios e fundamentos que serão expostos no presente trabalho.

## **2 HISTÓRICO DA LEI Nº 9.099/95**

Não se pode tratar das contingências humanas sem antes descobrir se existem realmente leis na natureza ou se simplesmente acreditamos nelas devido ao nosso amor inato pela ordem, e, como ainda não conseguimos estabelecer concretamente normas de conduta perpétuas e universais no meio social, é mister analisarmos a evolução da prestação jurisdicional no aspecto criminal, para observarmos de que maneira o corpo social cuida de suas vicissitudes cotidianas.

Assim, tratando o presente trabalho de uma questão eminentemente legal, há a necessidade de utilizarmos-nos do conhecimento definido, ou seja, os fatos estabelecidos pela tradição ou pela ciência e, quando conveniente, reportarmos-nos a algumas questões filosóficas pertinentes ao assunto, para que possamos visualizar com mais clareza os institutos criados pela Lei do Juizado Especial Criminal.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e seu texto foi elaborado tendo-se em vista a necessidade de uma prestação jurisdicional célere por parte do Poder Judiciário e, no que concerne ao Direito Penal, surgiu como uma alternativa ao modelo clássico da pena-castigo, pois estabelece, até certo ponto, um novo modelo para a Justiça Criminal, baseado no consenso entre os sujeitos diretamente envolvidos no conflito penal.

Para maior elucidação da referida Lei e sua importância para o mundo teórico-empírico, convém demonstrar qual o fulcro deste modelo adotado na legislação pátria.

## 2.1 DIREITO E SOCIEDADE

A origem e desenvolvimento do direito é uma constante em todo agrupamento humano, desde os primórdios e, é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*).

Sabe-se que quando o direito é racionalmente utilizado, pode-se promover mudanças importantes na sociedade e, quando utilizado mediante imposição de normas violentamente repressivas, torna-se meio de dissolução da coesão social e instrumento da arbitrariedade estatal.

Sendo o direito e a sociedade fatos intrinsecamente unidos, acreditamos ser correta a assertiva de Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao entender que o direito exerce uma “função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros.”<sup>1</sup>

O homem em estado natural, quando reunido em sociedade, procura mitigar seus sofrimentos concedendo um pouco de sua liberdade a fim de propiciar a criação de um corpo sólido, hodiernamente chamado Estado, com o fito de salvaguardar bens e valores que entende indispensáveis a sua própria subsistência, dentre os quais podemos destacar a paz, o patrimônio, costumes e crenças.

Assim, os indivíduos formam entre si um “contrato social”, concessivo de poderes instaurados em torno de interesses e vantagens, gerador de um corpo de normas que visam garantir as condições indispensáveis dos elementos que compõem determinado grupo social que, para Bobbio<sup>2</sup>, é o ordenamento jurídico.

Hans Kelsen<sup>3</sup> foi o pioneiro a tratar o direito como ciência, pois, desvinculou o seu objeto, a norma, de sua valoração social. Desta forma, obteve uma ciência de caráter

---

<sup>1</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* Teoria Geral do Processo, 17ª edição, editora Malheiros, São Paulo, 2001, p. 19.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Editora Campus, 7ª edição, 1992.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

normativo-positivista, sendo que seus seguidores a implementaram, caracterizando o direito como um instrumento de controle social por intermédio da sanção.

*Pari passu*, com a eliminação dos juízos de valor das normas jurídicas, houve uma crise no âmbito da Ciência Jurídica, pois sua desvinculação com a esfera dos interesses sociais tornou-se fulcro da falência do velho paradigma científico, que se preocupa excessivamente com as relações de causalidade obtidas pelas ciências empíricas.

Não se pode aceitar o fato de que o direito, como ciência limitadora da ação humana, esteja alheio das condições econômicas da sociedade. Tampouco pode se conceber que seja erigido somente com lastro em deduções do espírito humano, pois, a vontade da lei reflete a vontade da classe dominante do poder e a força jurídica instituída está destinada a defendê-las independente da vontade da sociedade.

Hodiernamente, ainda é possível tratar o direito como ciência, apesar de estar ele fundado em contingências sociais, e a metodologia a ser utilizada é a consciência de que há uma complexidade universal (hipercomplexidade), pois, apesar de ser o direito uma ciência de caráter normativo, recebeu os valores das demais ciências e a visão geradora e produtora do conhecimento que a humanidade obtém até hoje.

Assim, segundo palavras de Paulo Roney Ávila Fagundéz<sup>4</sup>,

O direito, pela sua riqueza, não pode ser visto apenas no seu aspecto normativo. Ele atua fundamentalmente no fenômeno social, controlando-o e, ao mesmo tempo, sofrendo as conseqüências das transformações diuturnas que se operam na vida em sociedade.

Dessa forma, para que possamos fundamentar de maneira mais científica o presente trabalho, entendemos que o direito, em sua nobre teoria, é um conjunto de leis e de instituições que regulam, de uma maneira determinada, as relações entre os homens, ou seja, são normas positivadas inseridas pelo Estado no corpo social para a solução dos conflitos entre os indivíduos e para a promoção da pacificação social.

---

<sup>4</sup> Fagundéz, Paulo Roney Ávila, disponível em: [http://pdfdownload.asianstyletech.com/pdf2html.php?url=http%3A%2F%2Ftjweb.tj.sc.gov.br%2Fcejur%2Fartigos%2Fdireitoconstitucional%2Fholismo\\_paulo\\_fagundes.pdf](http://pdfdownload.asianstyletech.com/pdf2html.php?url=http%3A%2F%2Ftjweb.tj.sc.gov.br%2Fcejur%2Fartigos%2Fdireitoconstitucional%2Fholismo_paulo_fagundes.pdf)



## 2.2 DA AUTOTUTELA À JURISDIÇÃO

A concepção atual do direito é traduzida na sociedade pelo binômio da razão e da necessidade. Tudo para que haja harmonia nas relações de convívio entre as pessoas, através da imposição de limites nas ações individuais em busca da tão almejada ordem.

Porém, a simples existência de normas reguladoras não é suficiente para eliminar todos os conflitos que surgem, ainda mais quando o indivíduo pretende satisfazer uma pretensão que não é corroborada pela vontade coletiva.

Segundo entendimento esposado por Antônio Carlos Araújo Cintra<sup>5</sup>, quando as contingências subjetivas dos indivíduos são contrárias às do grupo social, podem surgir insatisfações coletivas, dando azo, assim, às reações contra os infratores, por meio de uma sanção, que objetiva restabelecer a situação anterior ao fato denominado “anti-social” ou, pelo menos, busca-se mitigar suas conseqüências, a fim que seja restabelecida a harmonia.

## 2.3 A AUTOTUTELA

Nos primórdios da sociedade humana, esses fatos anti-sociais eram todos os fenômenos maléficos que ocorriam nos agrupamentos humanos, inclusive as fúrias divinas e outros fenômenos naturais inexplicáveis. Para aplacar as reações coletivas indefinidas, criava-se uma série de proibições que, quando não obedecidas, acarretavam castigo ao infrator.

Antes da formação dos corpos de normas e a atuação do Estado na solução dos conflitos entre os indivíduos, eram estes resolvidos pelos próprios sujeitos, por meio da força, para a satisfação de suas pretensões, ou seja, prevalecia a vontade dos mais fortes em detrimento da dos mais fracos, e, suas características eram, além de imposição de penas desproporcionais à ofensa sofrida e pouca preocupação com a justiça, a ausência de juiz distinto das partes e a conseqüente imposição da decisão por uma das partes à outra.

---

<sup>5</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* Teoria Geral do Processo, 17ª edição, editora Malheiros, São Paulo, 2001, p. 20.

Essa fase do Direito Penal, conforme leciona o mestre José Frederico Marques<sup>6</sup>, é denominada “vingança privada” ou “autotutela” e, apesar da lenta evolução dessa maneira primitiva de agir (sob o impulso da vingança), surge o talião, que tinha por princípio a limitação da ação punitiva, pois, para evitar a perpetuação da “vingança de sangue”, que ocorria entre os homens e/ou entre as tribos – os quais não raramente se eliminavam reciprocamente, representou um grande avanço na história do direito penal, sem haver, porém, a cabal solução de todos os conflitos dimanados da própria sociedade.

## 2.4 A AUTOCOMPOSIÇÃO

Nesta forma de solução de litígios os próprios agentes causadores do mal resolviam a lide mediante a utilização da composição dos danos, sendo que prevaleciam suas próprias vontades.

A chamada Autocomposição, que surgiu como forma pacífica de solução de conflitos, como demonstra Cintra<sup>7</sup>, ocorria em três modalidades diferentes:

a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais - no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas.

A chamada composição permitiu que o ofensor se livrasse do castigo com a compra de sua liberdade e, seus princípios foram adotados na maioria dos textos legais das civilizações antigas. A composição foi largamente aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das formas modernas de indenização do Direito Civil e da multa no Direito Penal.

---

<sup>6</sup>MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. 1ª edição. Atual Campinas: Bookseller, 1997. v. I, pp. 115-116.

<sup>7</sup>CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* Teoria Geral do Processo, 17ª edição, editora Malheiros, São Paulo, 2001, p. 20.

Relembra Fernando Capez<sup>8</sup> que, somente com a Constituição de 1988 é que a transação, como forma de autocomposição, foi aceita em nosso sistema jurídico penal como alternativa da pacificação social.

## 2.5 A ARBITRAGEM

A intervenção de terceiro na solução do conflito surgiu inicialmente com a escolha, pelos próprios conflitantes, de um árbitro imparcial.

Tal modelo foi-se consolidando nas civilizações e, como explica Antônio Carlos de Araújo Cintra, “Mais tarde e à medida que o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos”.<sup>9</sup>

Posteriormente, conforme leciona Capez<sup>10</sup>, o Estado passou a ter o poder de indicar o árbitro, independentemente da vontade das partes, passando-se de um sistema inicial de arbitragem facultativa a um sistema de arbitragem obrigatória.

Superada essa fase individualista de solução dos conflitos, o pretor passou a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, inclusive proferindo sentença, em vez de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse. A justiça passou então a ser distribuída pelo Poder Público, deixando de ser privada para alcançar o *status* de pública.

---

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 12ª edição, revista e atualizada, editora Saraiva, 2005, São Paulo, p. 06.

<sup>9</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* Teoria Geral do Processo, 17ª edição, editora Malheiros, São Paulo, 2001, p. 22.

<sup>10</sup> CAPEZ, *op. Cit.* p. 07.

## 2.6 A NORMA PENAL

De acordo com o dicionário eletrônico Houaiss<sup>11</sup>, a palavra norma vem do latim “nórma” (esquadro, régua), e revela, no campo da conduta humana, a diretriz de um comportamento socialmente estabelecido.

Neste diapasão, a adoção de uma legislação penal pela sociedade surgiu da necessidade de proteger seus valores de maior relevância. Bens jurídicos estes que merecem uma preocupação maior do Estado por estarem diretamente relacionados aos elos mais sensíveis do contrato social, cuja afetação pode importar na dissolução da harmonia criada pelas concessões recíprocas.

No que tange à natureza jurídica da norma, sabe-se que o fato que contraria a norma de Direito, ofendendo ou pondo em perigo um bem alheio ou a própria existência da sociedade, é um ilícito jurídico, que pode ter consequências meramente civis ou possibilitar a aplicação de sanções penais.

Contudo, convém reconhecer que, inicialmente, o Estado não era regido por normas que realmente preservassem o interesse da coletividade. Na realidade, apesar de positivadas as normas penais, as próprias instituições do Estado eram irregulares por preservarem privilégios subjetivos, que tornavam incerto o exercício da Jurisdição.

O que se pode verificar é que naquela época a sociedade vivia sob um sistema de insegurança, pois, as penas discrepantes evidenciam a não caracterização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade, cujos estudos apenas começaram a ser delineados na baixa idade média.

Porém, o grande marco para o pensamento de um novo Direito Penal, não mais pautado pelo arbítrio e pela crueldade, somente ocorreu em 1764, com a publicação da obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria.

---

<sup>11</sup> Texto retirado do site: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=norma&style=k>.

Pode-se afirmar três grandes eixos para o pensamento de Beccaria<sup>12</sup>: a defesa da legalidade, da proporcionalidade e do utilitarismo.

A defesa da proporcionalidade tinha o objetivo de fazer com que os crimes com graus diversos de ofensividade recebessem penas diferenciadas. Neste sentido, Beccaria<sup>13</sup> afirma que

Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas... Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria existir uma escala paralela de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas bastará ao sábio legislador assinalar os pontos principais, sem alterar-lhes a ordem, não cominando, para os delitos de primeiro grau, as penas do último.

Quanto à sua tese utilitarista, Beccaria afirmava que “é, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu”<sup>14</sup>.

À luz dos pensamentos traçados por Beccaria, somente com a Declaração dos Direitos é que o Direito Penal passou a consagrar o princípio da legalidade, estabelecendo que a lei é o pressuposto necessário do crime, firmando-se no princípio *nullum crimen sine proevia lege*, tanto quanto da pena, isto é, *nulla poena sine proevia lege*. Desse modo, é a lei que define o crime, assim como é ela que inflige a sanção para quem infringir o preceito.

Desta forma, a norma penal passou a incorporar quatro características essenciais, conforme ilustra Vitor Eduardo Rios Gonçalves<sup>15</sup>:

a) exclusividade: somente a norma penal define crimes e comina penas; b) imperatividade: é imposta a todos, independentemente da sua vontade; c) generalidade: tem efeito *erga omnes*, ou seja, recai sobre todos; d) Impessoalidade: a norma penal é abstrata, sendo elaborada para punir fatos futuros e não pessoas ou eventos determinados.

---

<sup>12</sup> BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999, p.38-39.

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999, p.38-39.

<sup>14</sup> Id.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Direito Penal Parte Geral, editora Saraiva, 9ª edição, São Paulo, 2004, p. 5.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da reserva legal está instituído na Constituição Federal Brasileira de 1988 no seu artigo 5º, inciso XXXIX - “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Porém, cumpre salientar que o Direito Penal não ganhou seu matiz limitador apenas no princípio supracitado, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana vem, atualmente, servindo de alicerce fundamental na análise dos paradigmas penais traçados pelas escolas antigas, impondo, em muitos casos, a morte prematura do próprio dispositivo penal.

## 2.7 OS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

São grandes as discussões quanto à atuação do Poder Judiciário frente ao crescente número de crimes que surgem no cotidiano da sociedade, sobretudo nos grandes centros urbanos. Porém, no que concerne à eficácia das normas jurídicas, ainda hoje é patente uma realidade relatada por Beccaria, que na segunda metade do século XVIII, em seu livro ‘Dos Delitos e das Penas’, já malsinara: “entre os homens reunidos, nota-se a tendência contínua de acumular no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, para só deixar à maioria miséria e fraqueza.”<sup>16</sup>

Notadamente, enquanto não há solução definitiva para o secular problema dos interesses subjetivos, vem-se buscando uma alternativa à efetiva atuação da lei penal aos fatos que ocorrem na sociedade, sem que haja a malfadada consequência da pena-castigo, que acaba estigmatizando a figura social do condenado para perpetuar as desigualdades sociais.

No Brasil, as mais importantes normas e princípios estão positivados na Constituição Federal, que é o eixo estrutural de todo ordenamento jurídico e que fixa as diretrizes processuais e materiais para assegurar eficácia na realização da justiça.

---

<sup>16</sup> BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999, p.42.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 institui, em seu artigo 98:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Idealizou o constituinte originário a possibilidade da sociedade civil contar com uma resposta jurisdicional de uma forma mais eficaz, ao criar uma via de acesso ao Poder Judiciário para os que outrora não podiam buscar o teor da lei em seus pequenos e freqüentes conflitos, seja pela demanda de muito tempo, excesso de burocracia ou pelas enormes despesas que impediam o exercício de um direito garantido legalmente.

No que tange especificamente à parte criminal, sua peculiaridade está adstrita pela mínima intervenção do Estado com a máxima garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Em tal concepção, foi reafirmada a nova postura de Estado, que tem por missão defender os direitos humanos em oposição ao modelo punitivo tradicional que, tendo por fundamento a coação psicológica e um tratamento ressocializador, mostrou-se caro, ineficaz e injusto.

É inegável que a sociedade exigia do Estado posição mais célere quanto à solução de problemas de pouca monta, sendo certo que o descontentamento com a forma de solução dos litígios era bem expressivo. Em virtude da complexidade dos procedimentos e das complicações processuais existentes, muitos infratores acabavam agraciados com o instituto da prescrição da pretensão punitiva, enquanto a vítima ficava desolada com a injustiça pela impunidade da agressão sofrida.

A máquina judiciária estatal, por sua vez, também não progredia, pois, diante da grande demanda que enfrentava pelo crescimento dos grandes centros, viam-se os magistrados e promotores sufocados por uma gama de processos de pouco relevância que lhes retirava o tempo e atenção dos procedimentos que exigiam atuação mais enérgica do Estado.

Quanto às penas alternativas, como as de prestação de serviços à comunidade, também são encontrados alguns óbices para sua efetiva execução. Primeiro, porque

dependem da vontade do infrator em cumpri-las e, segundo, porque se esbarra na falsa impressão de que o apenado apresenta um perigo latente, razão pela qual as instituições, em número considerável, recusam-se em aceitá-lo. E, ainda, não podemos olvidar que a sociedade tem que enfrentar a escassez de recursos humanos e materiais do Poder Público para a fiscalização do seu cabal cumprimento.

Assim, o modelo penal brasileiro enfrentava, até então, uma crise e vinha buscando novas alternativas para que os comportamentos criminosos fossem eliminados com a eficácia da lei e, fundamentalmente, sem que houvesse um elevado custo financeiro e social, principalmente porque a criminalidade não é uma opção do indivíduo, mas sim uma consequência dos valores adotados pela maioria em um mundo capitalista, ou seja, o acúmulo indefinido de bens materiais.

Neste paradigma, surgiu a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, sendo seu pressuposto ideológico evitar a aplicação da pena-castigo, criando espaço para o consenso no sistema penal brasileiro, na medida em que permite a composição cível e exige a representação em crimes que antes eram de ação pública incondicionada (lesão corporal leve ou culposa - art. 88 da lei nº 9.099/95), criando institutos que passaram a dificultar a aplicação de punição por intermédio de uma sentença condenatória.

Denota-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e regularmente pela Lei nº 9.099/95, o Brasil dispõe de um dos mais avançados programas de despenalização do mundo, representando tal fato uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), por mitigar a inflexibilidade do ultrapassado e ineficaz princípio da obrigatoriedade da ação penal, nos crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando que os próprios envolvidos no fato antijurídico exponham suas expectativas para a eliminação do conflito, sem representar, porém, o Juizado Criminal, a panacéia para todos os conflitos sociais.



## 2.8 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA LEI Nº 9.099/95

A Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em cumprimento ao artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, tornando evidente a adequação do direito processo penal ao eixo ideológico internacional do direito penal mínimo.

Antes da lei supracitada, que inovou o processo penal trazendo institutos até então inexistentes, os inúmeros conflitos penais de menor potencial ofensivo seguiam o interminável processo ordinário no que tange aos crimes previstos no Código Penal e Legislação subsidiária, com o início tumultuado inquérito policial para a possível proposição da ação penal e, quanto às contravenções penais, seguiam o processo sumário instituído nos artigos 531 *usque* 540 do mesmo diploma legal.

Trilhar todo o caminho processual ordinário para os inúmeros delitos que poderiam ser resolvidos em uma única audiência preliminar de conciliação contribuiu significativamente para o acúmulo das demandas processuais dentro dos Cartórios Criminais, principalmente por exigir do operador jurídico o mesmo zelo para delitos de consequências extremamente diferentes, o que culminava com a prescrição extintiva da punibilidade de um número expressivo de crimes.

A consequência desastrosa desse fato é o conhecido inconformismo popular, visto que, para as vítimas e a comunidade, o Poder Judiciário é moroso e ineficaz, principalmente diante do número considerável dos processos criminais que acabavam sendo arquivados pela prescrição decorrente da demora na aplicação da lei, gerando a malsinada e perigosa impunidade.

Salienta Júlio Fabbrini Mirabete<sup>17</sup> que a pena possui o aspecto da coação psicológica, ou seja, impor medo ao delinquente como medida de profilaxia social:

Tem ainda a lei penal caráter finalista, porquanto visa a proteção de bens e interesses jurídicos merecedores da tutela mais eficiente que só podem ser eficazmente protegidos pela ameaça legal de aplicação de sanções de poder intimidativo maior, como a pena. Essa prevenção é a maior finalidade da lei penal.

---

<sup>17</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24.

Sobre o aspecto de que a quantidade da pena é menos eficaz do que a certeza de uma tutela jurisdicional certa e efetiva, trazemos à colação a secular teoria do Marquês de Beccaria<sup>18</sup>:

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.

O homem treme à idéia dos menores males, quando vê a impossibilidade de evitá-los; ao passo que a esperança, doce filha do céu, que tantas vezes nos proporciona todos os bens, afasta sempre a idéia dos tormentos mais cruéis, por pouco que ela seja sustentada pelo exemplo da impunidade.

É certo que o Juizado Especial Criminal não é a cura de todos os males da Justiça Criminal Brasileira, porém, é uma maneira salutar que permite uma resposta rápida do Estado ao cidadão que implora pelo acesso à ordem jurídica justa, rápida e, principalmente, eficaz.

Nesse contexto, a Lei nº 9.099/95 modificou substancialmente a persecução penal, porquanto fugiu a necessidade de se examinar o mérito para, somente então, ser aplicada uma medida sancionadora ao infrator.

Ao criar uma fase pré-processual, onde se dá maior ênfase ao consenso, o que valorizou a participação da vítima dentro do processo penal, que até então era ignorada, para a solução dos conflitos de menor potencial ofensivo.

*Pari passu*, a nova legislação, a fim de criar veículos para correta adoção do procedimento nela previsto, passou a adotar os seguintes princípios em seu artigo 62:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não restritiva de liberdade.

---

<sup>18</sup> BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999, p. 61.

Como bem se assevera, podemos extrair de tais princípios a ideologia da lei, pois, neles resta explícita a intenção do legislador em favorecer o acesso à Justiça, sobretudo no que tange à eficácia das decisões judiciais.

Mais especificamente dentro do tema, a fase da transação penal (artigo 76, da Lei nº 9.099/95), é uma das principais características da lei supracitada, pois, vai ao encontro das modernas teorias despenalizadoras e apresenta-se como uma alternativa jamais vista na legislação processual brasileira, uma vez que os protagonistas da ação penal - Ministério Público e infrator -, possuem a oportunidade de evitar o processo, o primeiro abdicando da persecução penal e o outro preferindo sujeitar-se a uma pena não restritiva de liberdade, sem que haja um processo criminal.

Gize-se que o modelo penal adotado nos Juizados Criminais não se limita somente a buscar a efetivação do castigo para dar credibilidade à coação psicológica da pena cominada. Seu principal objetivo escuda-se na reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade para solução do litígio.

Convém ainda frisar que tal legislação não se destina aos criminosos que apresentem alto grau de periculosidade à incolumidade pública, uma vez que somente incide sobre delitos de pequena monta e em benefício daqueles que não apresentem significativo envolvimento com a justiça penal.

Assim, reconhecendo a trágica situação do modelo punitivo no Brasil e atendendo o paradigma instituído no cenário internacional pelo eixo ideológico do Direito Penal Mínimo, a Lei dos Juizados Especiais busca evitar a pena-castigo (prisão) substituindo-a por uma missão social, que é a reparação do dano através dos mais diversos setores da própria sociedade.

## 2. 9 MEDIDAS DESPENALIZADORAS NA LEI Nº 9.099/95

Inicialmente, convém elucidar que a Lei nº 9.099/95, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro quatro medidas despenalizadoras, que se apresentam como verdadeiras mitigadoras do princípio da obrigatoriedade da ação penal, visto que permitem a realização da política criminal consensual (Direito Penal Mínimo).

A primeira destas medidas despenalizadoras condiz com os delitos de menor potencial ofensivo que sejam de ação penal privada e os de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, uma vez que o artigo 74, parágrafo único, prevê a extinção total da punibilidade caso ocorra à composição dos danos civis, devidamente homologada pelo Juízo, na audiência preliminar de conciliação.

Nesses casos, a participação do Ministério Público fica dependente da vontade da vítima em representar contra o autor dos fatos, pois senão, a ação penal ficará prejudicada, eis que o Estado-Administração não fica devidamente legitimado para deduzir em juízo a pretensão punitiva da lei penal.

A segunda medida despenalizadora trazida é a necessidade de representação do ofendido, ou seu representante legal, nos crimes de lesões corporais leves e culposas (artigo 88).

Tal medida atende aos anseios da intervenção mínima do direito penal, porquanto os crimes que, antes do advento da referida Lei, eram apurados de ofício pelo representante do Ministério Público, agora dependem da manifestação de vontade do ofendido para que haja a legitimação do Estado em oferecer as medidas penais cabíveis.

Colhe-se do magistério doutrinário de Ada Pellegrini<sup>19</sup>:

A transformação da ação penal pública incondicionada em ação pública condicionada significa despenalização. Sem retirar o caráter ilícito do fato, isto é, sem descriminalizar, passa o ordenamento jurídico a dificultar a aplicação de pena de prisão. De duas formas isso é possível: a) transformando-se a ação pública em privada; b) ou transformando-se a ação pública incondicionada em ação

---

<sup>19</sup> GRINOVER, *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 226.

condicionada. Sob a inspiração da mínima intervenção penal, uma dessas vias despenalizadoras (a segunda), acaba de ser acolhida pelo artigo 88 da Lei 9.099/95.

Assim, a exigência de representação, em tais delitos, traduz a concretização de um programa de despenalização, uma vez que, no contexto da atual legislação, a vítima não só dá a notícia de um crime, mas também pede que seja instaurada a persecução penal.

Este novo preceito legal é bastante conveniente aos que causam lesões corporais culposas em outrem (sem vontade), principalmente quando envolve um ente querido, visto que antes da necessidade de representação do ofendido, se alguém causasse uma lesão, mesmo leve, em uma pessoa afeta, sem querer, além de sofrer as duras penas da consciência e do próprio infortúnio, era submetido às duras conseqüências estigmatizantes da lei penal.

Ao revés, tal medida também é bastante proveitosa aos agentes agressores que perpetram atos abusivos contra pessoas mais frágeis, geralmente mulheres e menores, principalmente dentro de suas residências, porquanto a lei tornou mais brando o tratamento para com os indivíduos que praticam violências domésticas, exigindo da vítima a necessária representação para que o Estado possa puni-lo pela sua conduta opressora.

Infelizmente a lei penal não pode resolver todas as contingências decorrentes da sociedade, principalmente quando decorrentes do desgaste do relacionamento entre as pessoas. Porém, ao menos, o preceito instituído pelo artigo 88 atende aos anseios da grande maioria dos envolvidos no conflito penal porquanto, para que haja a cabal prestação jurisdicional, basta externar a vontade consoante o art. 75.

A terceira medida despenalizadora é a possibilidade de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, *ex vi* do artigo 76. É a chamada transação penal, onde o cumprimento da proposta formulada pelo Ministério Público pelo autor dos fatos possibilita a extinção da pretensão punitiva estatal.

No tocante aos seus preceitos fundamentais, estes serão vistos a seguir, pelo fato de ensejarem análise mais profunda para cotejamento do tema.

A suspensão condicional do processo (artigo 89) é a quarta e última medida despenalizadora, sendo que se caracteriza por ser um direito do réu de ver o seu processo

suspenso – desde que preenchidos os requisitos legais -, após o oferecimento e recebimento da denúncia.

O *sursis* processual é uma medida tão inovadora quanto a fase da transação penal, porquanto se nesta o autor dos fatos pode ver-se livre de um processo penal, naquela pode simplesmente obstar a prolação de uma sentença penal a seu desfavor, eis que, passado o período de prova estabelecido pelo Juízo, sem que haja revogação do benefício, desaparece a possibilidade de aplicação de penalidade por parte do Estado (art. 89, § 5º).

### 3 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL

#### 3.1 CONCEITO:

Garantismo é o nome dado ao conjunto de teorias de inspiração juspositivista, concebido pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, cuja obra maior sobre o assunto é "Direito e Razão".

Histórica e culturalmente, o garantismo surgiu como teoria e prática jurídica direcionadas à defesa dos direitos de liberdade.

O Garantismo se desenvolveu mais expressivamente como *Garantismo Penal*, em razão de ser o poder punitivo do Estado o que mais restringe ou ameaça a liberdade pessoal. Ele nasce representando a base da filosofia liberal que retira do saber jurídico – comprometido com a defesa da liberdade – a necessidade de minimizar a violência exercida pelo *jus puniendi* estatal: as garantias penais e processuais são as técnicas para tornar efetiva essa exigência de redução de violência e domínio punitivo.

Tem como fundamento os princípios fundamentais do Direito: toda norma jurídica deve ser lida e interpretada na conformidade de seus princípios formadores e garantidores. Ele se serve da conscientização dos direitos do homem formulados em leis e pactos internacionais para reestabelecer a justiça mesmo contra a ordem positiva estrita.

Trata-se de um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades,

que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e, sobretudo, com interesses do Estado.

Esses instrumentos jurídicos são as garantias, as armas jurídicas que visam proteger os cidadãos que abrem mão de uma parcela de sua autonomia em benefício da coletividade, entregando ao Estado o poder para que ele lhes propicie segurança, saúde, trabalho, etc.

Para assegurar o desempenho desse papel pelo ente Estatal, a constituição do Estado de Direito prevê instrumentos jurídicos expressos em limites, vínculos e obrigações impostos a este poder, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças.

A doutrina de filosofia política do garantismo deriva do modelo contratualista burguês lockeano e não do rousseauiano, da onipotência da vontade geral, que tem sido o fundamento da democracia formal ou política e que resolve somente o problema de quem decide (...)

O modelo de legitimação do garantismo é, assim, coincidente com o modelo democrático do Estado Constitucional de Direito. Estado e direito se concebem com artifícios ou instrumentos para a tutela dos direitos vitais dos seres humanos.

O garantismo parte da idéia, já presente em Locke e em Montesquieu, de que do poder há sempre que se esperar um potencial abuso, que é preciso neutralizar com o estabelecimento de um sistema de garantias, limites e vínculos ao poder para a tutela dos direitos subjetivos<sup>20</sup>.

As garantias penais expressas nos princípios constitucionais (taxatividade, materialidade, legalidade, etc) afetam a configuração legal do delito e tendem, inclusive, a reduzir a esfera de atuação do próprio Poder Legislativo naquilo que ele possa sancionar (a esfera dos delitos) e punir. Os princípios garantidores do processo penal, por sua vez, (imparcialidade, presunção de inocência, contraditório, *in dubio pro reo*, ônus da prova, publicidade, juiz natural, devido processo legal, etc) afetam a comprovação judicial do fato punível e procuram reduzir ao máximo o arbítrio de quem desempenhe as tarefas estatais.

O garantismo penal se vincula, portanto, à filosofia política de um “direito penal mínimo”, e dessa maneira se apresenta como a única justificação racional do direito penal, pois não se apresenta somente como modelo de legitimação ou justificação, mas também de deslegitimação ou crítica das instituições e práticas jurídicas vigentes.

---

<sup>20</sup> STIPP, Álvaro. Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>, acesso em 23/05/07.



O garantismo se presta a ser estendido a todo o âmbito de direitos das pessoas e não apenas àqueles afetados diretamente pelo poder punitivo do estado, de modo a poder-se falar de uma “Teoria Geral do Garantismo”, cujo referente é, como já dito, a obra de Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão*.

Colabora o Professor Geraldo Prado<sup>21</sup>:

...o GARANTISMO que nasceu no Direito Penal, fundado na radicalização das idéias do Iluminismo e da Modernidade, desenvolvidas paulatinamente há mais de quatro séculos, na Europa Ocidental, expande-se para todos os ramos do Direito, de sorte a desvendar a inexorável natureza política dos direitos penal e processual penal, como de resto de todos os ramos do direito, e, mais do que regular a vida social, cooperar no funcionamento do ordenamento jurídico em geral como instrumento de transformação positiva da sociedade.

Na medida em que as constituições positivam direitos fundamentais e fazem deles um vínculo restritivo ao poder estatal, essa teoria geral mostra ser a própria teoria do Estado Constitucional de Direito.

Encontra-se, assim, uma nítida divergência entre normatividade e efetividade, e o garantismo submerge como um "modelo limite", pelo qual os sistemas e as normas são analisadas de forma a distinguí-los sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento nos seus sistemas inferiores. Dentro dessa premissa, será adequado o sistema constitucional que "...detiver mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados." <sup>22</sup>

Destaque-se que Garantismo teria influência não apenas no campo jurídico, mas também na esfera política, minimizando a violência e ampliando a liberdade, a partir de um arcabouço de normas jurídicas que dá poder ao Estado de punir em troca da "garantia dos direitos dos cidadãos". Ou seja, o sistema seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico.

A proposta de Ferrajoli consiste em resolver esse paradoxo entre modelo normativo e prática operativa, a fim de minimizar a crise presente nos sistemas jurídicos da atualidade.

---

<sup>21</sup> PRADO, Geraldo. Disponível em <http://www.estacio.br/graduação/direito/revista3/artigo12.htm>, acesso em 27/03/07.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; p. 684.

Para tal, o autor formula a “Teoria Geral do Garantismo Jurídico”, partindo de três concepções de garantismo:

- 1) garantismo como modelo normativo de Direito;
- 2) garantismo como uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência das normas; e
- 3) garantismo como filosofia do direito e crítica da política.

## 3.2 AS ACEPÇÕES DO TERMO “GARANTISMO”, CONCEBIDAS POR FERRAJOLI

### 3.2.1 A Primeira Acepção – O Modelo Normativo de Direito.

Inicialmente, a palavra garantismo, no contexto do trabalho de Ferrajoli, seria um "modelo normativo de direito".<sup>23</sup> Tal modelo se estrutura a partir do princípio da legalidade, que – afirma o Autor – é a base do Estado de Direito.

Tal forma normativa de direito é verificada em três aspectos distintos, mas relacionados. Sob o prisma epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa, já no aspecto político do termo, reduzir o grau de violência e ressaltar a idéia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas no Direito como um todo.

No aspecto jurídico, o que se pretende é criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado. Ou seja, o próprio Estado, que tem o poder pleno de criar o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder. Assim, mesmo com sua "potestade punitiva", o Estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivadas. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de direito.

---

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; p. 687.

### 3.2.2 A Segunda Acepção do Termo – Validade X Efetividade.

Além de ser um modelo normativo de direito entendido nos planos político, jurídico e epistemológico, o garantismo também pressupõe uma teoria que explique os problemas da validade e da efetividade.

A teoria do Garantismo reconhece que validade e efetividade são elementos diferentes, visto que pode existir validade sem efetividade e, em um grau inferior de garantismo, efetividade sem validade, entretanto, busca aproximá-los, para que se traduza numa forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido.

Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes e, aferir-se se determinada norma é ou não válida.

### 3.2.3 A Terceira Acepção do Termo – O Ponto-de-vista externo de legitimidade.

No terceiro entendimento, busca-se uma justificativa externa dos parâmetros garantistas adotados internamente pelos Estados.

Para Ferrajoli, a legitimidade dos comandos e práticas garantistas são de cunho "ético-político" e, portanto, externa. Segundo o autor, há uma distinção entre o ser e dever-ser no direito (de cunho político), em relação ao mundo do ser e dever-ser do direito, próprios do âmbito interno de observação. Diz Ferrajoli, que tais elementos políticos são as bases fundamentais para o surgimento dos comandos jurídicos do Estado (bases metajurídicas).

Há uma tentativa de, dentro do normativismo, ampliar o leque de possibilidades para a garantia efetiva de direitos, fazendo da norma estatal um ponto de partida (logo, uma

ontologia) para a observação de sua adequação ou não à realidade social. Ferrajoli, em sua concepção de garantismo, ainda trata da idéia de validade como uma outra forma de observação do garantismo.

Com base no seu conceito de "ponto de vista externo", o autor esclarece que o significado desse conceito está diretamente vinculado ao ponto de vista das pessoas, dos cidadãos. É o valor atribuído à pessoa, fundado no princípio da igualdade jurídica, em que se inclui as diferenças pessoais e se exclui as diferenças sociais.

### 3. 4 ASPECTO FORMAL E SUBSTANCIAL NA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

A teoria do Garantismo procura trazer ao espectro jurídico uma nova forma de observação, ao afirmar a existência de aspectos formais e substanciais no mundo jurídico, sendo o aspecto substancial, algo novo e que deve ser observado na formação das constituições e respectivos ordenamentos jurídicos.

Para Ferrajoli, o aspecto formal do direito está no procedimento prévio existente, que funciona como pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma estatal. Ou seja, uma norma só será válida e legítima se for composta de acordo com os procedimentos formais traçados previamente pelo ordenamento jurídico. Até então, a idéia de validade colocada pelo Professor Ferrajoli traz muita similitude com a teoria pura do direito.

Para Kelsen, a validade de uma norma está em uma outra norma, que lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente, que traçaria as diretrizes formais para que tal norma seja válida. Logo, para Kelsen, existe um mecanismo de derivação entre as normas jurídicas, dentro de uma idéia de supra e infraordenação entre as espécies normativas<sup>24</sup>.

Porém, Ferrajoli acrescenta um novo elemento ao conceito de validade. Para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; p. 688.

jurídico que lhe são anteriores e configuram um pressuposto para a sua verificação, mas, quando trazem em seu bojo também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais. Essa idéia resgata uma perspectiva de inserir valores materialmente estabelecidos no seio do ordenamento jurídico.

Para Stipp,

O conceito de política próprio do garantismo exige a distinção entre a dimensão formal da democracia ou princípio da maioria (condições de legitimidade formal, asseguradas pela observância aos princípios da democracia política “quem” manda e “como” se exerce o poder); e dimensão substancial da democracia (condições de validade asseguradas pelo respeito aos direitos fundamentais: “o quê” se deve satisfazer – direitos sociais – ou privar – direitos de liberdades – por cima, inclusive, da vontade da maioria).

É esta dimensão substancial da democracia seu significado compatível com o garantismo. Isto porque a democracia formal ou política (é dizer, a que se identifica com a regra da maioria) constitui uma ameaça para o garantismo. Como afirmou Bobbio, a luta pelo garantismo tem sido sempre uma luta da minoria.

O garantismo não apenas constitui a base de uma filosofia política (ou de legitimação externa ou moral), como também, na medida em que as constituições positivam os direitos e garantias, constitui também a base de uma teoria de legitimação/deslegitimação interna ou jurídica.

Diferentemente do Estado de direito legislativo, no Estado Constitucional de Direito não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” das normas se encontra positivado. A constituição incorpora limites, vínculos e ordens à própria produção jurídica, tanto em condicionar a vigência ou legitimidade formal das normas e atos de poder (ou seja, o “ser” do direito), indicando os órgãos com competência normativa e os procedimentos para seu exercício; quanto em condicionar a validade ou legitimidade substancial (ou seja, o “dever ser” do direito), estabelecendo o modelo axiológico (o catálogo de direitos e valores de justiça) que deve informar a legislação.

Isto significa que as normas jurídicas, em particular as leis, já não devem apenas respeitar os requisitos formais que condicionam sua vigência ou existência, mas, e, sobretudo, que deverão ser congruentes com os princípios e valores constitucionais que são morais e jurídicos a um só tempo, e que condicionam a validade (Pietro, 1997, pp. 49-50). Como corolário, resta evidente: uma lei vigente ou eficaz não é, só por isso, válida<sup>25</sup>. (Grifo nosso)

Ferrajoli afirma que o conceito de validade em Kelsen, por conseguinte, é equivocado, pois uma norma seria inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição. Assim, caso uma norma ingresse no ordenamento jurídico a partir do esquema formal de Kelsen - utilizado a reboque por Ferrajoli, configurando o conceito de vigência - e não estivesse de acordo com as normas que consagram os direitos fundamentais, tal norma seria inválida, em função de não estar de acordo com a racionalidade material, pressuposto indispensável de validade das normas

<sup>25</sup> STIPP, Álvaro. Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>, acesso em 23/05/07.

jurídicas. Em decorrência, afirma Ferrajoli que o conceito de validade em Kelsen se confunde, equivocadamente, com o de vigência<sup>26</sup>.

Há divergências doutrinárias no que tange à teoria pura do direito. Para alguns, ela estabelece a relação direta da nova norma jurídica estatal com as normas jurídicas preexistentes, dentre as quais a Constituição. Assim, se a validade pressupõe a perfeita adequação da norma jurídica ao sistema estatal no qual ela se insere, obviamente ela deve se enquadrar também ao conteúdo dessas prescrições normativas, e os direitos fundamentais seriam, também, uma limitação de conteúdo, dentre outras, às novas normas jurídicas.

Todavia, outros (como Ferrajoli) afirmam que Kelsen só pretende que a nova norma estatal tenha sido criada pelas autoridades competentes e de acordo com o procedimento prévio e formal de elaboração normativa, sem se preocupar com questões de conteúdo das normas elaboradas.

Em função desses conceitos de validade e vigência, Ferrajoli traz uma outra idéia que é útil para impor coerência a sua teoria: uma norma vigente, todavia não dotada do caráter da validade (eminentemente material), estaria expurgada do ordenamento jurídico, revogada - no sentido amplo do termo - em função de sua incompatibilidade não com as diretrizes formais de seu surgimento, mas com a materialidade dos direitos fundamentais, que se formariam através de um processo histórico, que continua em seu devir, conquistado através da experiência, não dotados de uma ontologia, por palavras próprias do professor<sup>27</sup>, em virtude de os direitos fundamentais serem construídos através dos tempos.

Conforme visto, a Teoria Geral do Garantismo Jurídico, formulada por Luigi Ferrajoli, nasce como resposta a uma das questões mais polêmicas da área jurídica na atualidade, qual seja a imensa disparidade entre teoria e prática em sede de direitos e de Leis.

O que se percebe hoje é uma dinâmica contraditória entre direitos subjetivos fundamentais (garantias) e a elaboração e aplicação de Leis eficazes, com o emprego de meios efetivos e necessários à concretização das mesmas – configurando uma crise

---

<sup>26</sup> Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 205 s e 240 s.

<sup>27</sup> Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

institucional, que também se revela nas questões ético-filosóficas como da legitimidade e da distinção das noções de vigência e validade.

Ao propor um modelo ideal de ação, caracterizado pela primazia do direito substancial, Ferrajoli aponta para a incorporação de limitações e imposições normativas de atuação dos governos em seus ordenamentos jurídicos, para que os mesmos se aproximem do real Estado de Direito, com o propósito de se tornar um sistema efetivo de garantias para os cidadãos.

Como teoria da justiça, o Garantismo propõe um ambicioso modelo emancipador. Um modelo que, por estar anunciado na Constituição, compromete não apenas ao legislador, mas também aos juristas, aos magistrados e Ministério Público. Mais, justamente por essa continuidade entre a normativa constitucional e a filosofia moral e política em que descansa, a função do jurista não se limita à crítica interna de práxis funcional, mas compreende também a crítica externa da própria constituição.

Cumprindo ao intérprete fazer com que o fim almejado pela Teoria Garantista venha à tona, enunciando práticas tendencialmente antigarantistas dos governos, que motivados por fatores econômicos, muitas vezes, em desconformidade com a lógica jurídica, passam por cima das garantias consolidadas pelas Constituições.

Neste sentido, o resgate da legitimidade do Estado de Direito, é um trabalho contínuo que deve ser feito coletivamente, por toda a sociedade.

Não se limita ao plano normativo, é uma luta social cotidiana, para assegurar o cumprimento das garantias Constitucionais, sob pena de cairmos na falácia normativista, em que o direito vigente é incontestavelmente tido como válido, e continuarmos submetidos a sistemas desiguais e manipuladores, que sustenta o Estado como única forma legítima de produção e aplicação do direito.

## 4 O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

### 4.1 CONCEITO

Antes de se abordarmos questões polêmicas, como sua natureza jurídica, temos que elaborar de forma esclarecida o conceito desse instituto, sua finalidade e seu cabimento.

A transação penal, como medida despenalizadora, tem sido apontada como a mais importante destas, pois procura reparar os danos e prejuízos sofridos pela vítima, bem como, desafoga o Poder Judiciário com a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade<sup>28</sup>.

O vocábulo transação vem do latim *transactio*, é ato ou efeito de transigir, significando combinação, convênio, ajuste<sup>29</sup>. Já no sentido jurídico é ato que dirime obrigações litigiosas ou duvidosas mediante concessões recíprocas das partes interessadas<sup>30</sup>.

Em relação ao seu conceito de Transação Penal à luz da Lei nº 9.099/95, muitos autores buscam por uma uniformização, no entanto, passados oito anos de sua vigência, ainda não se conseguiu tal intento, ou seja, ter-se uma definição precisa desse instituto.

O jurista Damásio de Jesus, diz que: “não se trata de um negócio jurídico entre o Ministério Público e a defesa: cuidando-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato,

---

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, V. 1, 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 578.

<sup>29</sup> Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, versão 1.0.

<sup>30</sup> ACQUAVIVA. Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva, edição atualizada, revista e ampliada, editora Jurídica Brasileira, São Paulo, 2000, p. 1268.



aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para acusação e defesa, encerrando o procedimento”.<sup>31</sup>

Zanatta, em sua obra, expõe o entendimento da Escola Paulista do Ministério Público: “transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei”; e, ainda, cita Humberto Dalla Bernardina de Pinho, que diz que a “transação penal é um instituto despenalizante, através do qual oferece-se ao autuado a oportunidade de transacionar acerca da pena recebida, possibilitando um deslinde rápido ao procedimento, sem reconhecimento de culpa”<sup>32</sup>.

O mesmo autor, *a posteriori*, assim conceitua: a “transação penal é uma medida despenalizadora que visa a beneficiar o autor do fato, agilizando a resposta Estatal ao cometimento das infrações penais de menor potencial ofensivo, cujos seus requisitos e conseqüências estão previstos em lei”<sup>33</sup>.

René Ariel Dotti afirma que a transação penal é medida alternativa que visa impedir a imposição de pena privativa de liberdade, mas não deixa de constituir sanção penal. Como o próprio dispositivo estabelece, claramente, a pena será aplicada de imediato, ou seja, antecipa-se a punição. E pena no sentido de imposição estatal, consistente em perda ou restrição de bens jurídicos do autor do fato, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos<sup>34</sup>.

Denota-se que este conceito é mais adequado do que o defendido pela Escola Superior do Ministério Público Paulista, uma vez que defende a idéia de que a transação penal não é direito público subjetivo do acusado, atribuindo a proposta ao arbítrio do Ministério Público.

---

<sup>31</sup> JESUS, Damásio *Apud* ZANATTA, Airton. A transação penal e o poder discricionário do ministério público (doutrina, jurisprudência e a legislação do juizado especial criminal atualizada). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 49-50.

<sup>32</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Apud* ZANATTA, Airton. A transação penal e o poder discricionário do ministério público (doutrina, jurisprudência e a legislação do juizado especial criminal atualizada). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 49-50.

<sup>33</sup> ZANATTA, Airton. A transação penal e o poder discricionário do ministério público (doutrina, jurisprudência e a legislação do juizado especial criminal atualizada). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 50.

<sup>34</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433.

O argumento é que o art. 76 da lei nº 9.099/95 não constitui em direito do acusado, mas apenas mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao adotar o princípio da conveniência ou, segundo alguns, o princípio da discricionariedade controlada. As propostas previstas na lei são de exclusivo e inteiro arbítrio do Ministério Público, que continua sendo, por força da norma constitucional, o *dominus litis*, não podendo ser substituído pelo magistrado, em tais encaminhamentos.

Porém, conforme leciona Júlio Fabbrini Mirabete<sup>35</sup>:

Em que pese à equivocada redação, o vocábulo ‘poderá’, tal como na exegese já pacífica do artigo 77 do CP, deve ser entendido como alusivo às hipóteses em que o acusado não satisfaça a todos os requisitos para usufruir os benefícios. O direito penal repudia a idéia de arbítrio em qualquer de suas modalidades, principalmente quando se trate de conceder ou recusar ao réu algum benefício. Nota-se que qualquer decisão judicial nessa parte há que ser devidamente fundamentada, em homenagem a princípios constitucionais vários. A titularidade da ação concedida ao Ministério Público não lhe implica um poder soberano sobre destino do réu, capaz de contrastar com a lei na medida em que esta reconheça direitos e vantagens aos acusados em geral.

Ainda, para corroborar tal assertiva, conveniente trazer à colação entendimentos jurisprudenciais, extraídos de fragmento de texto destacado da obra de Ada Pellegrini Grinover:

A jurisprudência está se firmando em posição contrária ao texto, vislumbrando na transação penal um direito subjetivo do autuado e admitindo, conseqüentemente, que o juiz ofereça a proposta de transação penal, se o Ministério Público não o fizer: nesse sentido é a maioria das decisões do TACrimSP, bastando mencionar, entre tantas, as seguintes: Aps. 946.581 (rolo-flash 998/427); 946.581 (rolo-flash 998/427); 982.949/1 (Jundiaí); 978.641-7 (Fartura); 970.201- 5 (Jacareí); 946.581-9 (São Sebastião); 977.657-6 (Amparo); e ainda, Proc. 973.693 (rolo-flash 996/422), 1035175 (roloflash 1070/69), 298008 (rolo-flash 1076/537), 1035743 (roloflash 1075/091). Todavia, outra linha de jurisprudência, no mesmo Tribunal, defende o ponto de vista da aplicabilidade, ao caso, do art. 28, CPP: Ap.1017.745 e Proc. 1019289, roloflash 1063/430; Proc. 296054, rolo-flash 1070/399.<sup>36</sup>

Continua a renomada jurista:

O Ministério Público, nos termos do artigo 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade), mas sua proposta, presentes os requisitos

<sup>35</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 123/124.

<sup>36</sup> GRINOVER, et al. Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 226.

legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso se dá o nome de princípio da discricionariedade regulada ou regrada (ou, ainda, oportunidade regrada).<sup>37</sup>

Entende-se, pois, uma vez presentes todos os requisitos legais, formais e subjetivos pertinentes que a justifiquem, deverá ser proposta pelo órgão ministerial, pois constituem direito público subjetivo do acusado. Por outro giro, ausente apenas um dos requisitos, caberá ao *Parquet*, o oferecimento da denúncia.

Cumprir-se, pois, que a extinção da persecução criminal não corresponde ao *guilty plea* ou o *plea bargaining*, visto que o Promotor de Justiça, na fase da transação penal, não discute a culpabilidade do autor dos fatos e, tampouco, a lei permite o reconhecimento da culpa em tal momento procedimental, fato este que permite a preservação do estado de inocência, garantido pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Conclui-se, então, que a transação penal é uma medida alternativa despenalizadora, que permite ao juiz a aplicação de uma pena que não seja privativa de liberdade, que seja adequada para a acusação e defesa, mediante proposta do Ministério Público.

## 4.2 CABIMENTO

Segundo o jurista Fernando Capez<sup>38</sup>, o instituto da transação penal, só é possível nos delitos de menor potencial ofensivo, em seu limite máximo, com pena não superior a dois anos, (conforme extensão dada pela lei nº 10.259/01), não mais persistindo a exceção relativa aos delitos para os quais a lei preveja procedimento especial.

---

<sup>37</sup> GRINOVER, *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 226.

<sup>38</sup> CAPEZ, Fernando. Legislação Penal Especial. Volume 2, editora Damásio de Jesus, 4ª edição, 2ª tiragem, 2004, São Paulo, pp. 21-24.

No entanto, convém lembrar que há algumas exceções, onde mesmo que o crime se enquadre no conceito de infração de menor potencial ofensivo, não será permitida a aplicação da transação penal.

Estas exceções estão numeradas no artigo 76, § 2º, da Lei nº 9099/95, que são: quando o autor da infração tiver sido condenado pela prática de crime a pena privativa de liberdade por sentença definitiva; quando o agente tiver sido beneficiado anteriormente no prazo de cinco anos pela aplicação de pena restritiva ou multa em transação penal; quando não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Gize-se que a atual lei contra a violência doméstica também vedou a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 quando os fatos versarem sobre conduta praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, conforme preceitua o artigo 41, da Lei nº 11.343/06.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Nos casos permitidos, havendo aceitação da proposta formulada pelo Ministério Público, o juiz, observando o preenchimento de todos os requisitos legais, proferirá a sentença, homologando o acordo impondo a pena substitutiva, restritivas de direito, ou multa.

Poderá o juiz fazendo uso do poder discricionário, no caso de proposta e aceita pena de multa, reduzi-la até a metade, conforme artigo 76, § 1º, da Lei nº 9.099/95.

Com a aceitação da transação não haverá reincidência no caso de prática de outro crime posteriormente. A sentença homologatória não constará em certidão de antecedentes criminais e não terá efeitos civis. Apenas será registrada para impedir a concessão de novo benefício no prazo de cinco anos, conforme disposto no artigo 76, § 6º, da Lei supracitada.

Conforme a própria redação do artigo 76, da Lei nº 9.099/95, está claro que a transação penal é cabível nos crimes de ação penal pública incondicionada como também na ação pública condicionada à representação.

No entanto, diverge a doutrina quanto à possibilidade da aplicação no caso de ação penal privativa do ofendido.

Os que acreditam não ser possível a transação penal fundamentam-se na afirmação de que o legislador, com uma visão tradicional do papel da vítima no processo penal, sem interesse jurídico na pena, teve mesmo a intenção de excluí-la da transação penal.

Porém, tal entendimento vai de encontro aos seguintes princípios constitucionais: da igualdade, autores de infrações de menor potencial tratados diversamente; da razoabilidade, não há proporcionalidade entre a reprimenda para uns, de ação pública, em relação a outros, de iniciativa privada; do devido processo legal, ofensa ao direito público subjetivo do envolvido em receber os benefícios da lei; do acesso à justiça, a obtenção da ordem jurídica justa foi cerceada e por último, o mais importante, da dignidade da pessoa humana, submeter alguém a um processo criminal, vedando-lhe a possibilidade de obter transação penal para comportamento de menor gravidade.

Luiz Flávio Gomes<sup>39</sup> pondera que, com a moderna visão da vítima no processo penal tem-se levado em conta o reconhecimento de um interesse dela não só na reparação civil, como também à punição penal, sendo possível ao juiz, por aplicação analógica, permitir a transação penal nos crimes de ação de iniciativa penal privada, nos delitos de menor potencial ofensivo por se tratar de analogia *in bonam partem*.

Frise-se que sendo a proposta realizada em audiência preliminar de conciliação, em cada espécie de ação penal haverá conseqüências diversas, senão vejamos: nas ações penais públicas incondicionadas, conforme preleciona Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>40</sup>, (artigo 100, *caput*, do Código Penal), a audiência preliminar de conciliação justifica-se pela necessidade de se buscar a composição dos danos, entre vítima e autor dos fatos, antes do representante

---

<sup>39</sup> GOMES, Luis Flávio; *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 150-1.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 3ª edição, 3ª tiragem, revista, ampliada e atualizada, editora Del Rey, 2004, Belo Horizonte, p. 732-736.

do Ministério Público propor a aplicação imediata de pena ou requerer o arquivamento dos autos, nos termos do artigo 76, pois, para a eventual suspensão condicional do processo (artigo 89, § 1º, inciso I) - no caso de ser o indiciado denunciado na forma do artigo 77 - a composição é essencial para a efetivação do benefício.

Tratando-se de ação penal condicionada à representação do ofendido (artigo 100, § 1º, do Código Penal e artigo 88, da Lei nº 9.099/95), não há a necessidade da presença do representante do Ministério Público, uma vez que, sem estar patente a representação da vítima, não há a possibilidade da fase da transação penal (art. 76), e, principalmente, porque havendo acordo entre o autor dos fatos e a vítima, a homologação do mesmo acarreta a renúncia ao direito de representação, consoante o artigo 74, parágrafo único. Assim, obtida a composição dos danos (indenização ou contrato de convivência), é extinta a punibilidade e determinado o arquivamento dos autos sem que haja qualquer análise do mérito por parte do Poder Judiciário.

Se inexitosa, a vítima poderá oferecer imediatamente (se dentro do prazo legal), a representação oral (artigo 75) para que, a partir deste ato, o Promotor de Justiça esteja legitimado para poder atuar na forma do artigo 76 e propor a transação penal ou apresentar a denúncia (artigo 77).

Nos delitos que somente se procedem mediante queixa (artigo 100, § 3º do Código Penal), a presença do órgão do Ministério Público também não se faz necessária, pois não vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal em tais delitos.

Nestes casos, o procedimento adotado no juizado é apenas o da audiência preliminar de conciliação para que as partes cheguem a uma solução do conflito que, se aceita e homologada pelo Juiz, possibilita a extinção da punibilidade, consoante o já aludido artigo 74, parágrafo único da Lei.

Se não houver acordo, será dada oportunidade para que a parte interessada ofereça a queixa-crime oralmente (artigo 77, § 3º) ou, ainda, poderá o Juiz determinar que os autos aguardem, na Secretaria do Juizado, o decurso do prazo decadencial de 6 (seis) meses, contados a partir da data do fato, para que a parte interessada intente a ação penal cabível,

conforme o instituído no art. 38 do Código de Processo Penal, ou seja, inicie a persecução criminal através da queixa-crime (artigo 30 do Código de Processo Penal).

A composição dos danos cíveis, decorrente da audiência conciliatória, devidamente homologada pelo Juiz, terá eficácia de título executivo judicial e poderá ser executado no juízo cível competente (artigo 74), no caso de inadimplemento do avençado.

Via de regra, a fase da audiência preliminar de conciliação é aplicável para todas as partes, inclusive aos já beneficiados pela transação penal, aos já condenados e até mesmo aos que estão cumprindo qualquer tipo de pena na esfera criminal. É cabível, também, às mesmas partes já envolvidas anteriormente em qualquer tipo de contenda criminal ou cível, independentemente do número de demandas.

Quanto ao assunto, explica Paulo de Tarço Brandão<sup>41</sup>, que é importante salientar, ainda que de manifesta obviedade, que as causas impeditivas de transação previstas no artigo 76, § 2º, não impedem a composição dos danos. Aliás, esta é uma outra circunstância demonstrativa de que os dois institutos não se confundem e não podem ser cumulados.

Ressalta ainda que, embora o pretendo autor do fato tenha sido condenado à pena privativa de liberdade, ou beneficiado anteriormente com a aplicação de qualquer das medidas previstas na Lei nº 9.099/95 ou, ainda, que seus antecedentes, conduta social e personalidade não venham a recomendar a transação, nada disso impede a composição dos danos e suas conseqüências legais.

Dessa forma, jamais deve ser afastada a possibilidade de composição de danos na forma preconizada pela própria lei dos Juizados Especiais Criminais, seja para pôr fim no Termo Circunstanciado, na forma do artigo 74, parágrafo único, ou para que haja a possibilidade de suspensão condicional do processo na forma do art. 89, §1º, inciso I.

Por fim, nos casos em que não houver a possibilidade de extinção da punibilidade com as fases preliminares (composição dos danos e/ou transação penal), por responsabilidade do autor dos fatos, o Ministério Público poderá oferecer, de imediato, a

---

<sup>41</sup> ABREU, Pedro Manoel e BRANDÃO, Paulo de Tarço. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Aspectos Destacados. Florianópolis (SC): Obra Jurídica, 1.996.

denúncia oral para que seja aplicada a lei penal por uma decisão judicial - sentença condenatória ou suspensão condicional do processo - (artigo 77, *caput*), ou, dependendo da complexidade do delito, requerer ao juízo o encaminhamento das peças investigatórias ao Juízo Comum (artigo 77, § 2º).

### 4.3 A FASE DA TRANSAÇÃO PENAL

Na fase da transação penal, o Ministério Público, após aferição dos indícios de autoria e materialidade do ilícito, com a formação *opinio delicti*, fará a proposta de transação penal, desde que atendidos os requisitos supramencionados.

Ressalta Luiz Flávio Gomes<sup>42</sup>, ao contrário do que defendem alguns, que o *Parquet* não pode simplesmente oferecer a proposta da transação penal sem que haja a análise superficial dos autos e formação da convicção da viabilidade do oferecimento da denúncia.

Acaso não esteja evidenciada a autoria ou a materialidade do ilícito, frise-se que não se trata da análise exauriente do mérito, mas a exigida para o próprio recebimento da denúncia, impõe-se ao Ministério Público determinar o arquivamento dos autos e não ofertar a proposta.

Havendo os indícios mínimos para o recebimento da denúncia, o titular da ação penal deverá perscrutar se autor dos fatos já fora beneficiado com o referido instituto nos últimos 5 (cinco) anos, ou se há alguma outra circunstância que torne inadequada a aplicação do benefício.

Caso não haja impedimento, conforme lição de Antonio Scarance Fernandes<sup>43</sup>, deverá propor a pena que entender adequada (multa, prestação de serviços à comunidade, etc.) para a extinção do processo sem o julgamento do mérito.

---

<sup>42</sup> GOMES, *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 151-152.

<sup>43</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 2ª edição revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 206.



Aceita a proposta pelo autor dos fatos, será submetida ao Juiz que, concordando com o pleito, a homologará e aplicará a pena.

A única consequência prática será a impossibilidade de ser beneficiado novamente com a transação penal no prazo de 05 (cinco) anos (artigo 76, § 3º, e seguintes).

Com a comprovação do cumprimento da proposta ministerial, pelo autor da infração, o juiz declarará extinta a punibilidade e determinará o registro da aplicação da pena não privativa de liberdade apenas para impedir a concessão do benefício no prazo mencionado.

Em favor do acusado há a expressa previsão de que não poderá constar o seu nome em certidão de antecedente criminais quanto àquele fato, eis que não fora condenado e não terá qualquer efeito na esfera cível, cabendo à parte interessada propor a devida ação indenizatória no juízo cível competente para o ressarcimento dos danos decorrentes do delito (artigo 76, § 6º), salvo se já houve a devida composição em fase preliminar (nos crimes de ação penal pública incondicionada).

#### 4.4 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA QUE HOMOLOGA A TRANSAÇÃO

A propositura e a aceitação da transação penal é realizada por meio de uma sentença, motivo pelo qual convém perquirir qual a natureza jurídica dessa decisão.

Neste diapasão, de acordo com a regra geral, podemos observar que a decisão judicial que legitima jurisdicionalmente a convergência de vontades entre as partes tem caráter homologatório.

De igual forma, no caso a transação penal, a sentença tem caráter homologatório por ser ela uma conciliação entre as partes, pois é proposta pelo Ministério Público e aceita pelo autor do delito<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, V. 1, 8a edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 583.

Para Cezar Roberto Bitencourt, a natureza jurídica desta sentença é declaratória constitutiva, com base em que o próprio texto legal exclui qualquer caráter condenatório, já que afasta a reincidência, a constituição de título executivo civil, de antecedentes criminais, etc.<sup>45</sup>

Júlio Fabbrini Mirabete, sustenta tratar-se de uma sentença condenatória imprópria, segundo ele, a pena restritiva e a multa, impostas na transação penal têm nítido caráter de sanção penal, porém não se reconhece a culpabilidade, nem produz efeitos comuns da sentença condenatória<sup>46</sup>.

Nogueira<sup>47</sup> sustenta tratar-se de sentença condenatória, pois impõe sanção penal transacionada ao autor do fato que deverá ser executada, voluntária ou coercitivamente.

Tem-se nesse caso uma sentença meramente homologatória, pois o juiz não se pronuncia sobre o mérito de um caso penal, ele apenas analisa se foram preenchidos os requisitos para a aplicação da transação penal, não emitindo qualquer valor quanto à culpabilidade. Ele apenas homologa um acordo a que chegaram o Ministério Público e o autor do fato.

Neste mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover<sup>48</sup>

Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que se quer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para a sua pendência, observados os parâmetros da lei.

---

<sup>45</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, V. 1, 8a edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 583.

<sup>46</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 124.

<sup>47</sup> NOGUEIRA, Márcio Franklin. Transação Penal. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 194.

<sup>48</sup> GRINOVER, *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 144.

## 4.5 RECURSOS CABÍVEIS

No caso de a sentença não ser aceita por uma das partes envolvidas na lide, poderá ser objeto de recurso de apelação, julgada por turma composta de 03 (três) Juízes.

A apelação deverá ser encaminhada pela parte interessada, por petição escrita, no prazo de 10 (dez) dias (artigo 82, *caput* e § 1º) após a audiência (artigo 67, parágrafo único).

Em seguida, o recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (artigo 82, § 2º).

Outrossim, prevê a lei o recurso de embargos de declaração, caso a sentença ou acórdão estejam eivados de obscuridade, contradição, omissão ou dúvida (artigo 83).

Das decisões da Turma Recursal cabe apenas Recurso Extraordinário, de acordo com o previsto no art. 103, da Constituição Federal. Portanto, nestes casos, deve haver prequestionamento constitucional anterior.

Porém, a doutrina diverge quanto à possibilidade de apelação quando o Juiz deixa de homologar a transação penal.

Ada Pellegrini entende que mesmo assim, da decisão de indeferimento da homologação da transação penal não cabe apelação, não só porque a lei não a prevê expressamente, mas também por não enquadrar-se o caso nas “sentenças definitivas, ou com força de definitivas” contempladas no art. 593, II, CPC. A decisão, no caso em exame, é claramente interlocutória.<sup>49</sup>

E, mais adiante, conjectura quanto ao recurso mais conveniente em tal circunstância:

Parece, então, que a referida decisão somente será impugnável por mandado de segurança contra o ato jurisdicional, que poderá ser impetrado pelo Ministério Público e também pelo autuado, ou ainda por *habeas corpus*, pelo autuado ou pelo

---

<sup>49</sup> GRINOVER, *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 173.

promotor em seu favor, na hipótese de o desenvolvimento do processo poder culminar na aplicação de uma pena privativa de liberdade.<sup>50</sup>

Em consonância com o entendimento supracitado posiciona-se Paulo de Tarso Brandão:

É impossível concordar com o argumento decorrente de interpretação meramente literal dos dispositivos legais, de que a lei não prevê recurso para a não homologação. Ora, o que está dito no §4º é que ‘Da sentença prevista no parágrafo anterior cabe apelação...’. A sentença prevista no parágrafo anterior pode ser homologatória ou não homologatória. Quando o dispositivo diz que acolhendo a proposta o ‘Juiz aplicará a pena’ (medida substitutiva), está a *contrario sensu* dizendo que em não acolhendo a proposta o Juiz não ‘aplicará a pena. Fazendo-se uma leitura em harmonia com a sistemática da lei: acolhendo a proposta, o Juiz homologa; não acolhendo, não homologa. Em qualquer das hipóteses, contudo, o recurso cabido é a apelação.<sup>51</sup>

Destarte, seriam essas as considerações envolvendo a fase da transação penal, sendo importante ter-se em mente, sempre, que a aceitação da transação penal não envolve a aceitação da culpa pelo suposto autor dos fatos, mas sim a oportunidade de aplicação prévia da Justiça sem a necessidade do exame do mérito e esgotamento da persecução penal, em atendimento aos princípios do Direito Penal Mínimo e da preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

---

<sup>50</sup> GRINOVER, *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 173-174.

<sup>51</sup> ABREU, Pedro Manuel, BRANDÃO, Paulo de Tarso. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Aspectos Destacados. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 27.

## **5 CONSEQÜÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL**

Como visto, os direitos tutelados pela Lei nº 9.099/95 estão baseados no consenso (conciliação) entre as partes envolvidas no conflito penal, para se evitar a pena-castigo.

Trataremos aqui, exclusivamente, dos efeitos do descumprimento do acordo firmado entre o suposto autor dos fatos e o órgão do Ministério Público, e, ainda, procuraremos mostrar que a simples execução da transação penal descumprida não atende a missão social intentada pela ideologia do Direito Penal Mínimo, pois não há legalidade suficiente para tal procedimento, principalmente por encontrar óbices em princípios Constitucionais, que não podem ser preteridos na aplicação da Lei nº 9.099/95.

### **5.1 O ACORDO NÃO CUMPRIDO**

O tema central do presente trabalho refere-se especificamente as conseqüências do descumprimento da pena não privativa de liberdade proposta pelo Ministério Público e aceita pelo autor dos fatos, devidamente homologada pelo Juiz (artigo 76, § 4º).

A doutrina pátria diverge quanto ao procedimento a ser adotado em tal contingência, ou seja, alguns autores entendem que a pena deve ser executada na forma do artigo 85, da Lei nº 9.099/95, convertendo-se a pena homologada em privativa de liberdade, e, outros, argumentam que deverão os autos serem encaminhados ao Ministério Público para a imediata instauração da ação penal.

## 5.2 EXECUÇÃO DO ACORDO HOMOLOGADO E PRISÃO

Parcela da doutrina entende que uma vez descumprida a pena transacionada e homologada pelo Juiz, deve este transformá-la em pena privativa de liberdade valendo-se dos artigos 85 e 86, da Lei nº 9.099/95.

Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

Artigo 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Dentre aqueles que defendem a conversão da pena alternativa em privativa de liberdade, podemos citar Júlio Fabrini Mirabete que ensina: "Mesmo no silêncio da Lei n.º 9.099/95, a pena restritiva de direitos aplicada no Juizado Especial, quer por condenação, quer por transação, pode ser convertida em pena privativa de liberdade. Aplicam-se os arts. 45 do Código Penal e 181 da Lei de Execução Penal..."<sup>52</sup>.

Segundo esta corrente doutrinária, a Lei nº 9.099/95, apesar da lei não contemplar de modo expreso a maneira ou critério de conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, delegou taxativamente essa atribuição ao órgão competente, nos termos da lei.

Desta forma, seria o Juízo da Execução, nos termos da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), órgão integrante do Poder Judiciário, competente para determinar a referida conversão.

Novamente utilizando-se da bem elaborada obra de Ada Pellegrini Grinover, em parceria com outros renomados juristas, o seu posicionamento não diverge, escrevendo que:

Dúvida poderia surgir quanto à possibilidade de a pena restritiva resultante de transação na fase preliminar poder ser convertida em pena privativa, em virtude de o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, afirmar 'ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal. Mas essa conversão é admissível porque foi a própria

---

<sup>52</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Juizados Especiais Criminais, Atlas, 2ª ed., 1997, pg. 133.

Constituição Federal que, no art. 98, I, em norma especial e por isso preponderante sobre a de caráter geral, admitiu expressamente a transação..."

A seguir, acrescenta que: "Nem se diga que essa conversão infringiria o princípio da legalidade, por não estar prevista na Lei 9.099 a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade. A previsão legal existe na Lei de Execuções Penais, à qual o legislador se refere no art. 86." <sup>53</sup>.

Dissertando sobre o tema, escreve Luiz Flávio Gomes<sup>54</sup>:

O Ministério Público, diante de uma infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 76, poderá propor a aplicação imediata de pena alternativa. Em lugar de lutar pela aplicação de pena (de prisão ou de multa integral), conta com via alternativa. No instante em que propõe essa via alternativa, está renunciando à via normal. A base de tudo é o princípio da oportunidade regrada. Regrada porque o órgão acusatório só pode atuar dentro das margens legais, fixadas e, ademais, tudo conta com controle judicial (v. artigo 76, § 3º)

Havendo conformidade penal e processual nos dois institutos sob exame, pois, a lei requer em ambos a conformidade (anuência, aquiescência, aceitação) do autor do fato.

Haveria diferença apenas no fato de que: no juizado criminal dá-se a denominada conformidade penal e processual, isto é, o interessado não só está abrindo mão de alguns direitos e garantias fundamentais, senão também está conforme a aplicação imediata de uma sanção alternativa, isto é, o autor do fato, no instante em que aceita a aplicação imediata de pena alternativa, está assumindo culpa (mesmo porque *nulla poena sine culpa*).

Preconiza, ainda, parcela deste grupo que a natureza do ato jurisdicional que defere a transação no juizado criminal é uma verdadeira sentença. Sendo de caráter condenatório, porém, impróprio, porque não gera seus efeitos naturais (reincidência, rol dos culpados, antecedentes, execução civil etc.), embora seja suficiente para criar o *status* de culpado.

---

<sup>53</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 219.

<sup>54</sup> GOMES, Luiz Flávio. Suspensão condicional do processo, Ed. Revista dos Tribunais, 1º ed., 1995, p. 139 - 142.

Para seus defensores não há violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que a transação é estratégia de defesa (integra a ampla defesa de que fala a Constituição) e deita suas raízes na autonomia da vontade, já que o acordo ocorre dentro do devido processo legal.

Por fim, enfatizam que, embora a transação implique no recuo ou na renúncia de algumas garantias, é inegável que ela mesma está cercada de garantias. Por isso que é constitucionalmente válida, independentemente da invocação do disposto no art. 98, inciso I, da Constituição Federal (que é taxativo).

Para Ada Pellegrini, a homologação:

Trata-se de sentença nem condenatória nem absolutória, mas simplesmente de sentença homologatória de transação penal, com eficácia de título executivo. É exatamente o que ocorre no campo civil: a homologação da transação não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor, mas sentença que, homologando a vontade das partes, constitui título executivo judicial (art. 584, III, CPC)<sup>55</sup>.

Também Marino Pazzaglini Filho ensina que:

... Sendo assim, a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal é condenatória. Primeiramente, declara a situação do autor do fato, torna certo o que era incerto. Mas além de declarar, cria uma situação nova para as partes envolvidas, ou seja, cria uma situação jurídica que até então não existia. E ainda impõe uma sanção penal ao autor, que deve ser executada<sup>56</sup>.

Nesse diapasão, embasam a possibilidade da conversão ser juridicamente viável em virtude dos disposto no artigo 44, § 4º do Código Penal, combinado com o artigo 181, da Lei 7.210/84, ambos combinados com o artigo 86, da Lei n.º 9.099/95, amparado pelo artigo 98, da Constituição Federal.

Gize-se, ainda, que há registro de julgados nesse sentido. Senão vejamos:

---

<sup>55</sup> GRINOVER, *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 168.

<sup>56</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino, *et al.* Juizado Especial Criminal - 2ª ed., Ed. Atlas, 1997, p. 57.



A pena restritiva de direito, decorrente de proposta e aceitação pelo infrator, perante o Juizado Especial Criminal, pode ser convertida em privativa de liberdade quando ocorrer o seu descumprimento injustificado, consoante o art. 181 da Lei 7.210/84, não se aplicando, ao caso, a Lei 9.268/95, que proíbe a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade" (HC 97.00186 - j. 1º.10.97 - Rel. Des. Dimas Fonseca - TJRO, in RT 749/738-41).

PROCESSO PENAL - TRANSAÇÃO - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - NÃO CUMPRIMENTO. Realizada transação penal entre o Autor do fato e o Ministério Público, sendo aplicada pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços gerais à comunidade, desde que não cumprida, pode ser convertida em pena de detenção. Abolida foi apenas a conversão da multa não paga em pena privativa de liberdade, quando se remete o apenado ao processo executivo civil. Uma vez descumprida injustificadamente a pena restritiva de direitos aplicada, a conversão deverá ser feita para pena privativa de liberdade. Cabe ressaltar que segundo assentada jurisprudência é vedado ao magistrado inovar a transação já homologada e receber denúncia formulada contra o autor do fato (Acórdão 105951, j. 14.04.98 - Rel. Juiz HAYDEVALDA SAMPAIO, DJDF 15.06.98, p. 103 - in RT 755/674, Autos n.º 1041183/5 - DJE 12.3.97, part. II, p. 331). (Grifo nosso)

No tocante à pena de multa, alguns preferem considerá-la dívida de valor, devendo, no caso de descumprimento, ser promovida sua cobrança pelo Ministério Público.

Tal entendimento é originário da acepção de que com o advento da Lei nº 9.268/96, que alterou o artigo 51 do Código Penal, todas as penas pecuniárias, decorrentes de sentença penal condenatória, devem ser transformadas em dívidas de valor. Nesse sentido:

Se o paciente não pagou a multa imposta, estamos diante de execução da r. sentença, mas nunca hipótese de outra denúncia, ainda mais no mesmo processo" (TACrimSP - HC 314.726/9 - São Paulo - Rel. Juiz Salvador D'Andrea, j. 20.11.97, v.u. - Apud RT 756/585).

TRANSAÇÃO PENAL - Homologação por sentença - Acordo não cumprido pelo autor do fato - Promoção de execução pelo Ministério Público - Admissibilidade. A sentença homologatória de transação penal, realizada nos termos do art. 76 da Lei 9.099/95, tem eficácia de título executivo. Por isso, não cumprindo o acordo pelo autor do fato, só resta ao Ministério Público executá-lo através de ação própria, sendo incabível o oferecimento de denúncia para a instauração de ação penal" (TACrimSP - HC 322.106/4 - 11ª Câ. - Rel. Juiz Xavier de Aquino, j. 25.05.98 - in RT 756/583-5).

Ada Pellegrini Grinover, argumenta que a execução da pena de multa deva ser feita com base na lei supramencionada, sendo várias as formas de conversão estando, entre elas, a antiga previsão de conversão da pena de multa em detenção (artigo 51, do CP e artigo 182,

da Lei de Execução Penal), o que não é mais possível após a Lei nº 9.268/96, que a baniu do sistema<sup>57</sup>.

No que tange às penas de prestação de serviços à comunidade, a autora diverge daqueles que entendem possível a conversão em pena privativa de liberdade, ou seja, a possibilidade de constrição judicial para o adimplemento da pena decorrente da transação penal passa a depender da medida sancionatória transigida com o autor dos fatos:

Examine-se, agora, a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, autorizada pela Lei de Execução Penal. Note-se que, com relação a essa conversão, nenhuma disposição existe na lei dos Juizados Especiais. Trata-se, portanto, de interpretar, à luz da transação penal, a possibilidade de conversão - que pode ser afastada diante do declarado princípio de evitar a pena privativa de liberdade (art. 62 da Lei 9.099) -, mas não de acoimar a lei 9.099 de inconstitucional.

De nossa parte, entendemos inaplicável ao sistema dos Juizados Especiais a previsão de conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade. Isso porque, ainda que em tese a conversão seja possível, falta no caso previsão legal para sua realização. No sistema do Código Penal, a pena restritiva resulta de substituição da pena detentiva e, em caso de descumprimento, será convertida pelo tempo de pena privativa da liberdade aplicado na sentença. Mas no Juizado a pena restritiva é autônoma, não existindo quantidade de pena detentiva para a conversão. Embora exista quantidade de pena restritiva, não se pode estabelecer equivalência entre esta e a quantidade de pena privativa de liberdade. (...)

Disso tudo resulta inexistir, hoje, qualquer possibilidade de converter as penas de multa e restritivas de direitos em pena privativa da liberdade, com o que vem a cair o primeiro argumento quanto à pretensa inconstitucionalidade da transação penal<sup>58</sup>. (Grifo nosso)

Paulo de Tarço Brandão<sup>59</sup>, ao comentar a contingência decorrente da pena de multa não cumprida, na fase da transação penal, pondera que desde o advento da lei se teve a preocupação de chamar a atenção para o fato de que a multa decorrente da transação não poderia nunca ser convertida em privativa de liberdade, nos termos do artigo 85. Esta era uma regra aplicável somente às penas de multa, decorrente, portanto, de sentença condenatória. A simples constatação de que a multa substitutiva do processo não tem o caráter de pena e não decorre de fixação ou admissão de culpa, é suficiente para impedir tal

<sup>57</sup> GRINOVER, *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 216.

<sup>58</sup> GRINOVER, *et al.* Juizados Especiais Criminais. Comentários a Lei 9.099/95, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, São Paulo, 2005, p. 218-221.

<sup>59</sup> ABREU, Pedro Manoel e BRANDÃO, Paulo de Tarço. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Aspectos Destacados. Florianópolis (SC): Obra Jurídica, 1.996.

conversão, caso contrário, estar-se-ia diante de uma condenação sem processo. Com o advento da Lei nº 9.268/96, no entanto, todas as penas de multa foram transformadas em dívida de valor, obedecendo às normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública.

Para Cezar Roberto Bittencourt<sup>60</sup>, havendo a aplicação da pena transacionada, torna-se juridicamente impossível nova propositura de ação penal, seja com o oferecimento de denúncia, ou com nova transação penal. Pois os institutos da coisa julgada, preclusão e litispendência não foram suprimidos pela Lei nº 9099/95. A sentença homologatória da transação gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de nova ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. Essa orientação é dada pelo Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

HABEAS CORPUS. TRANSAÇÃO PENAL. LEI 9.099/95. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL. RESSALVA DE ENTENDIMENTO CONTRÁRIO. 1. "(...) 1 - A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal. 2 - Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76, da Lei nº 9.099/05), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal. Precedentes." (REsp 203.583/SP, in DJ 11/12/2000). 2. Ressalva de entendimento contrário do Relator. 3. Ordem concedida. (HC 14560/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 24.05.2001, DJ 17.09.2001 p. 196). E, ainda: RESP. 222061; HC 11111; RESP 172951; RESP 194637; RHC 10369; HC 14560.

Diante dos argumentos expostos, podemos observar que os autores que entendem ser possível a execução de pena de multa, decorrente da transação penal, não concordam com a conversão de pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, diante da falta de previsão legal.

Porém, mesmo não sendo admitida tal conversão pela maioria dos argumentos mencionados, ainda encontramos aplicadores da lei que sustentam a possibilidade de ser o autor dos fatos preso pelo não cumprimento da pena decorrente da transação penal.

<sup>60</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, V. 1, 8a edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 593.

### 5.3 O PROSSEGUIMENTO DO FEITO E A INSTRUÇÃO CRIMINAL

Ao contrário do entendimento dos doutrinadores supramencionados, alguns juristas defendem a tese de que o descumprimento do acordo firmado em sede da transação penal acarretará ao suposto autor dos fatos o possível prosseguimento do feito, ou seja, a instrução criminal, quer pelo oferecimento da denúncia, quer pela remessa das peças processuais ao Juízo comum para a adoção do procedimento previsto em lei (artigos 77, caput e § 2º, c/c. Art. 66, parágrafo único).

Sobre o assunto, explica Edison Miguel da Silva Jr., Procurador de Justiça em Goiás<sup>61</sup>:

Nesse novo modelo, na aplicação imediata de pena não existe acusação e, conseqüentemente, não há processo penal. A denúncia somente será oferecida se não ocorrer o acordo penal (art. 77). Nem mesmo a *opinio delicti* está completamente formada quando o Ministério Público negocia com o suposto autor do suposto fato a pena imediata. O termo circunstanciado é enviado ao Juizado sem qualquer investigação prévia (art. 69) e a eventual necessidade de diligências imprescindíveis somente ocorre na fase da denúncia (art. 77). A possibilidade de arquivamento, como requisito negativo (art. 76) para a proposta de acordo penal, refere-se à hipótese de evidente ocorrência e não ao prévio convencimento ministerial da necessidade de instauração do processo penal.

Portanto, se não existe acusação ou processo penal, o autuado não reconhece sua culpa (sentido amplo) quando aceita a proposta de aplicação imediata de pena. Sem admitir culpa ou proclamar inocência, conforma-se com uma sanção penal não privativa de liberdade (mais uma missão social, do que castigo) para não ser acusado e processado criminalmente.

César Henrique Alves<sup>62</sup>, Juiz de Direito Substituto do 2º Juizado Especial Cível e Criminal de Boa Vista - RR, comentando sobre a execução da pena em sede de transação penal, segue o mesmo norte:

Outro ponto que entendo ser importante que se levante é o fato, como dantes já dito, de o autor do fato, até então não se defender, pois, não existe denúncia contra

<sup>61</sup>SILVA JR, Edson Miguel. Lei 9.099/95: Descumprimento da Pena Imediata. Disponível em: <http://216.239.51.104/search?q=cache:M0CZ3vPIZlKJ:www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id68.htm%3Fimpressao%3D1%26+Edison+Miguel+da+Silva+Nesse+novo+modelo&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=2&gl=br&client=firefox-a>

<sup>62</sup> ALVES, César Henrique. Conseqüências do descumprimento da proposta de transação penal (art. 76 da Lei 9099/95). Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 24, abr. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1118>>. Acesso em: 19 jul. 2007.

ele, logo, não existe processo, o que existe é tão somente um procedimento criminal que visa, *a posteriori*, à instrução de processo penal.

Logo, como é que se pode pensar em executar, na forma da lei de execuções penais - como querem fazer crer alguns autores -, e ainda não existe nem condenação, e, mais, não se pode nem ao menos falar em culpa, já que a própria Constituição Federal assim assegura no art. 5º - LVII, me parecendo ser intuitivo que a execução de uma pena no juízo criminal pressupõe a formação de um juízo anterior de culpabilidade.

A execução da pena imposta na fase de transação, a meu ver vai de encontro frontal ao devido processo legal, previsto no artigo 5º - LIV da Constituição Federal. Entender-se, como querem fazer crer alguns doutrinadores, que a Lei 9099/95 "criou" um novo sumário de conhecimento, que seria então o devido processo legal é, "permissa vêniam", um entendimento não condizente com a sistemática processual pátria que prevê (em uma simplória síntese): acusação - defesa - condenação/absolvição.

Na fase de transação penal não encontramos nenhum destes elementos, senão vejamos. Não há acusação, o que existe é uma notícia da delegacia (termo circunstanciado) que muitas vezes é levada a efeito por manifestação da própria suposta vítima. Não há defesa, porque nesta fase não se discute culpa, mais, o suposto autor do fato não pode se defender de algo que nem foi acusado. Não há condenação/absolvição, pois, não havendo denúncia, não havendo defesa, como é que poderíamos falar em condenação ou absolvição. Como é que poderíamos falar, então, em execução se não existe sentença condenatória. Perdoem-me a insistência, mas o que há é uma decisão meramente homologatória da transação entre autor do fato e Promotor de Justiça, que poderíamos perfeitamente classificar como decisão interlocutória.

O Supremo Tribunal Federal vem se posicionando pela vedação da conversão da pena proposta na transação penal em privativa de liberdade:

CRIMINAL. CONDENAÇÃO A PENA RESTRITIVA DE DIREITO COMO RESULTADO DA TRANSAÇÃO PREVISTA NO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESCABIMENTO. A conversão da pena restritiva de direito (art. 43 do Código Penal) em privativa de liberdade, sem o devido processo legal e sem defesa, caracteriza situação não permitida em nosso ordenamento constitucional, que assegura a qualquer cidadão a defesa em juízo, ou de não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei. Recurso não conhecido. (RE 268319/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.06.2000, DJ 27.10.2000, 1ª Turma, STF)

Ainda adota este posicionamento o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, cujo voto, de lavra do Desembargador Eurico Montenegro, afasta a possibilidade da malfadada conversão. Segue ementa do Acórdão:

Transação penal. Descumprimento. Competência. Justiça comum e juizado especial. Citação por edital. Comparecimento do acusado. Não havendo a instauração de processo penal, o descumprimento das condições ali impostas não

implica na conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, devendo o feito retornar ao *Parquet* para as medidas necessárias. Encaminhado o feito à justiça comum ante a não-localização do acusado e instaurado o procedimento no juízo criminal comum, o comparecimento do réu não implica no restabelecimento da competência do Juizado Especial. (Autos 100.601.2004.015536-9, Conflito Negativo de Competência. 1ª Câmara Especial, data de julgamento: 01/11/2006, Relator: Desembargador Eurico Montenegro. Desembargadores Sansão Saldanha e Renato Mimessi acompanharam o voto do Relator).

## 5.4 ASPECTOS LEGAIS PARA A NÃO EXECUÇÃO DA PENA

Estes últimos argumentos, *permissa venia*, parecem-nos os mais corretos e fornecem o procedimento mais correto a ser adotado, porquanto o prosseguimento do feito é a efetiva busca da verdade e, conseqüentemente da Justiça, enquanto que a corrente favorável a referida conversão enfrenta sérios conflitos com princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Cumprе destacar, ainda, que a natureza jurídica da sentença não deve ser buscada unicamente em seu caráter transacional, outros pontos se fazem extremamente importantes para sua exata definição e limites.

Inicialmente, impõe-se frisar que a transação penal não é proposta pelo Juiz, como visto nos primeiros capítulos. O Ministério Público, órgão parcial, uma vez que defende o interesse da sociedade contra o indivíduo, é quem estabelece o patamar da pena, podendo o magistrado reduzir quando for estipulada unicamente pena de multa (artigo 76, § 1º, da Lei nº 9.099/95).

Muito embora o Ministério Público defenda o interesse da sociedade, tal fato não quer dizer que seja imparcial, uma vez que sua atuação no procedimento ocorre em virtude de um interesse, qual seja, a punição do infrator. Se assim não o fosse o que legitimaria a necessidade de constituição de advogado para promover a defesa do acusado, bastaria apenas a figura do Ministério Público e não haveria prejuízo ao princípio da ampla defesa.

Outro ponto relevante que impede o reconhecimento do caráter condenatório na decisão que homologa a transação penal é o fato de que contra esta não corre a prescrição da pretensão executória para o Estado. Conforme consulta na jurisprudência pátria a pena que rege a prescrição é aquela imposta em abstrato no tipo legal, tratando-se, desta forma, de prescrição da pretensão punitiva.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, que vem admitindo a questionada conversão, admite que a prescrição, neste caso é a da pretensão punitiva. Senão vejamos:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. 1. O rito previsto na Lei dos Juizados Especiais deve ser empregado, mesmo quando da ocorrência de crimes que prevêem procedimento próprio, como, in casu, a Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965 (Lei de Abuso de Autoridade). 2. Reconhecendo-se a competência absoluta do Juizado Especial para processar e julgar a conduta imputada ao paciente, imperioso o reconhecimento da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, eis que afastada a causa interruptiva (recebimento da denúncia). 3. Ordem concedida (HC 36429 / MG ; HABEAS CORPUS 2004/0090499-1, Relator(a) Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Órgão Julgador - Sexta Turma, Data do Julgamento 24/11/2004, Data da Publicação DJ 17.12.2004 p. 598). (grifei)

Ora, o recebimento da denúncia somente interrompe a prescrição da pretensão punitiva do Estado (artigo 117, I, do Código Penal). Segundo Fernando Capez “obstam o curso da prescrição (no caso da prescrição da pretensão executória), fazendo com que se reinicie do zero, o início do cumprimento da pena, continuação do cumprimento da pena e a reincidência”<sup>63</sup>.

Desta forma, como afirmar que a sentença tem natureza condenatória se o prazo pelo qual é regida é o da prescrição da pretensão punitiva. Se há certeza da condenação, não há mais pretensão em se punir, mas, sim em executar o que já está firmado.

Outra análise interessante, é que no caso de ser imposta ao agente uma pena de seis meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade pela prática de um delito, o patamar para análise da prescrição é o máximo da pena em abstrato. Neste sentido:

<sup>63</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral, volume 1, 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 579.

Transação penal - Homologação - Prescrição - Extinção da punibilidade. "Homologação da transação penal após o recebimento da denúncia - Impossibilidade - Descumprimento do rito da Lei nº 9.099/95 - Anulação do processo - Extinção da punibilidade face à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Impõe-se a anulação do feito, desde o recebimento da denúncia, inclusive, quando desobedecido o rito previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais, porquanto homologada a transação penal após o recebimento da denúncia. Transcorrido o lapso prescricional face à insubsistência do marco interruptivo consistente no recebimento da denúncia, declara-se extinta a punibilidade do agente, pela prescrição da pretensão punitiva Estatal" (1ª Turma Recursal Criminal de Belo Horizonte - Rec. nº 293.489.3/04 - Rel. Juiz Pedro Coelho Vergara).

Outro ponto a ser destacado é que não decorre do exame do mérito, mas, apenas da submissão do réu a proposta. Ou seja, haverá o referido caráter condenatório com a simples anuência do acusado a proposta apresentada, o que contrária significativamente os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, consagra o princípio da presunção de inocência, dispondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Gize-se que tal princípio não se infere unicamente na idéia de não culpabilidade. Referido princípio destaca-se por declarar que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado.

O artigo 8º, inciso I, do Pacto de San José da Costa Rica, recepcionado em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, § 2º da CF/88 – Decreto Executivo 678/1992 e Decreto Legislativo 27/1992), reafirma, em sua real dimensão o princípio da presunção da inocência, *in verbis*: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. (grifo nosso).

O princípio do contraditório, segundo Fábio Ramazzini Bechara e Pedro Franco de Campos, por sua vez, impõe a separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador, sendo também conhecido por princípio da bilateralidade da audiência, consiste, em resumo, na possibilidade das partes, em igualdade de condições, praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz. Atinge, também, a necessidade de cientificação da parte



contrária, dos atos praticados por uma delas, por isso é chamado, pelos doutos, como o princípio que consagra o binômio: “ciência e participação”<sup>64</sup>. (grifo nosso)

Em relação à ampla defesa, afirmam os juristas que:

abriga em seu conteúdo o direito a autodefesa, o direito a defesa técnica e o direito a prova, que é o direito de se defender provando. O direito a autodefesa abrange o direito a audiência ou de ser ouvido, o direito de presença nos atos processuais, o direito ao silêncio e o direito de se entrevistar com o advogado. Já o direito a defesa técnica engloba tanto a defesa exercida pelo defensor constituído, como a exercida pelo defensor dativo e o defensor *ad hoc*<sup>65</sup>.

Reunindo estas condições, podemos observar que a conversão da pena transacionada em privativa de liberdade fere o princípio da inocência em razão de que compete ao Estado comprovar legalmente a culpa do acusado, ou seja, não basta a submissão deste a imposição estatal, ou mesmo sua confissão. Impõe-se o esgotamento de todos os meios da apuração da culpa. A resistência a pretensão punitiva é obrigatória, uma vez que ninguém pode renunciar a sua liberdade, por mais que se considere culpado, por se tratar de direito indisponível.

Relembrem os autores que “é indiscutível que no âmbito da Justiça Penal verifica-se uma necessidade insofismável em relação ao restabelecimento da verdade, dada a maior potencialidade lesiva que o poder estatal ostenta em relação às liberdades individuais”<sup>66</sup>. Ou seja, a conversão vai contra o próprio princípio penal da verdade real.

O contraditório é ferido, por sua vez, no que tange a igualdade de condições. Saliente-se que a pena transacionada a ser cumprida é estipulada exclusivamente pelo Ministério Público, por seus critérios, e não fruto de barganha do autor do fato.

Note-se que também resta prejudicada a possibilidade de influir no convencimento do Juiz, uma vez que não lhe é dado espaço para apresentação de provas ou que seja interrogado, ou seja, a corrente que admite a conversão satisfaz-se apenas com o exame superficial da prova, jamais se podendo falar em cognição exauriente.

---

<sup>64</sup> BECHARA, *et al.* Princípios constitucionais do processo penal: Questões polêmicas. Data: 06/03/2005. Disponível em: [http://www.escriitorioonline.com/webnews/noticia.php?id\\_noticia=5582&](http://www.escriitorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5582&).

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Idem.

A ampla defesa, maior vítima, é destruída em razão de que o Termo circunstanciado de infração penal não admite o contraditório, impedindo, desta forma, atuação da defesa técnica com contraprova e interpelações, que não ocorrerão em Juízo, uma vez que o autor do fato sequer será interrogado.

Assim, com a conversão imediata, fica a defesa obstada de lançar mão de todos os mecanismos de prova de que possui, ocorrendo a resistência à pretensão de forma extremamente mitigada e não ampla, como determina o preceito constitucional.

Urge ainda destacar que não são relevados na proposta ministerial os motivos e as razões que ensejam a aplicação da pena em determinado patamar, o que é totalmente contrário ao princípio das motivações judiciais (artigo 93, IX – assimilação e artigo 5º, LV, ambos da Constituição Federal).

Para ter natureza condenatória a decisão deveria traçar os pormenores da pena infligida, a fim de que o infrator soubesse a razão de ter sido sancionado com infração mais áspera em relação a outra pessoa que praticou fato semelhante.

Neste parâmetro, convém reprimir que o artigo 5º, inciso XLV, da CF, consagra o princípio da individualização da pena, sendo tal determinação constitucional atendida pelo artigo 59, do Código Penal, cuja aplicação se dá no âmbito da Lei nº 9.099/95, pelo disposto no artigo 12, do Estatuto Repressor.

Quando não examinadas referidas circunstâncias, a sentença penal condenatória é eivada de vício insanável. Nesse sentido:

A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ). II - *In casu*, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base em 19 (dezenove) anos de reclusão. Ordem concedida. (STJ/DJU de 27/03/06, pág. 308)

“Não se pode admitir julgamento sem as razões respectivas, inclusive quanto à pena, porque isso atenta contra direito básico do apenado, que é o de saber os motivos da condenação e da penalidade, que, ademais, há de ser justificada e

individualizada. Em Direito Administrativo, fala-se em “motivos determinantes”. No particular, há interessante aresto envolvendo o CFM, entendendo nula até mesmo a exasperação de pena disciplinar, em não guardando ela correlação com a motivação da decisão” (TFR - Ap. Cível 01223730, MG, rel. Aloísio Palmeira, 1ª Turma, DJU 14/10/96, pág 77.408).

Assim, podemos observar que a referida conversão vai de encontro a uma gama considerável de princípios constitucionais, ferindo, inclusive, o direito internacional, vez que contraria princípios traçados no Pacto de São José da Costa Rica.

Com a formulação da proposta de transação penal, pelo órgão ministerial, na forma do art. 76 da Lei nº 9.099/95, ocorre a oportunidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade sem que haja a efetivação do contraditório, uma vez que, como já mencionado no presente trabalho, não há a formação de um juízo de valor por parte do Promotor de Justiça e tampouco ocorre o reconhecimento de culpa pelo autor dos fatos.

Não se pode confundir uma pena avençada em um momento pré-processual – pois não há denúncia - com uma pena decorrente de uma sentença condenatória transitada em julgado, pois, entendendo-se de outra maneira, estar-se-ia admitindo a possibilidade de ser executada uma pena criminal sem que tenha havido qualquer acusação, qualquer defesa e qualquer observação dos princípios sempre necessários em um processo penal.

Quanto à execução da pena de multa, basta observar o texto do artigo 1º Lei nº 9.268/96.

Art. 1º - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição (sem grifo no original).

Procedendo-se uma análise, ainda que perfunctória, de seu texto e tendo-se em mente qual a verdadeira natureza da sentença homologatória da transação penal (meramente declaratória), conclui-se que não é possível executar a pena de multa nos moldes do artigo 85 da Lei nº 9.099/95, porquanto não há uma sentença condenatória transitada em julgado.

Diante de todos os argumentos expostos na presente monografia, entendemos que o acordo firmado entre o suposto autor dos fatos e o órgão do Ministério Público (artigo 76) é decorrente da adaptação do direito penal brasileiro à doutrina do Direito Penal Mínimo, para evitar que o infrator de menor potencial ofensivo venha a ser punido através de uma condenação penal.

Vimos que a natureza da sentença homologatória da transação penal não possui caráter condenatório e jamais poderá ser executada nos moldes do artigo 85 da Lei nº 9.099/95, vez que não foram formalmente examinados os aspectos de materialidade do crime e, tampouco, da culpabilidade.

Destarte, entendemos, *data maxima venia*, que, havendo o descumprimento injustificado da pena homologada em sede de transação penal, deverá ser intimado o suposto autor dos fatos, na forma do artigo 67 da Lei nº 9.099/95 para que, em prazo razoável, cumpra o acordo.

Não ocorrendo o adimplemento e nem idônea justificativa, dever-se-á ter como revogados o acordo e o benefício, devendo os autos serem encaminhados ao órgão do Ministério Público para o prosseguimento do feito com oferecimento da denúncia (art. 77), dando início ao devido processo legal, pois somente desta forma é que poder-se-á aplicar a legislação penal com o máximo de garantias constitucionais e o mínimo de intervenção na liberdade ou no patrimônio dos cidadãos.

Este é o procedimento preconizado nos Enunciados Criminais de nos 14 e 21, aprovados no IV Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, realizado na cidade de Rio de Janeiro, nos dias 09, 10 e 11 de novembro de 1998 (Anexo I).

E, por fim, cabe transcrevermos o voto de lavra do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, proferido no *Habeas Corpus* nº 79.572-GO (Anexo II), onde deixou patente que o procedimento jurídico correto, no caso de descumprimento do acordo firmado em sede de transação penal, é a remessa dos autos ao Ministério Público para a instauração do devido processo, conforme o direito:

HABEAS CORPUS N. 79.572-GO, Relator: MIN. MARCO AURÉLIO - EMENTA: HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade.

TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retomando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a realização deste trabalho, observou-se que o modelo processual penal adotado na Lei nº 9.099/95, mostra-se adaptado à ideologia do Direito Penal Mínimo, que busca, através do consenso, a conciliação dos sujeitos envolvidos em um conflito criminal, para evitar a aplicação de sanções através de uma sentença condenatória, sobretudo no tocante às penas privativas de liberdade.

A transação penal, até então inexistente em nosso direito, permitiu a mitigação da obrigatoriedade da ação penal, estabelecendo um novo modelo de Justiça Criminal, centrado na busca da solução dos conflitos e não mais na decisão formalista do caso. Cuida-se de um revolucionário instrumento de política criminal a possibilitar a solução rápida da lide penal.

Entretanto, a despeito da boa intenção do legislador, a referida Lei não previu todas as possibilidades no campo prático (lacuna). Não tratou o referido diploma da possibilidade do suposto autor do fato delituoso não cumprir as condições avençadas na pena imediata, restritiva de direitos, aplicada na audiência preliminar, fato que gerou inúmeras controvérsias e diferentes julgados nos diversos Tribunais.

Dentre as possíveis soluções para o descumprimento, há entendimentos no sentido de converter a pena restritiva de direitos aplicada na Transação Penal em prisão, o que não acreditamos ser a melhor saída.

Sem o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a sentença penal condenatória, entendemos incabível a conversão da transação em pena privativa de liberdade. Fere-se, com a adoção de tal posicionamento, o próprio espírito que norteou o

trabalho legislativo, qual seja, a despenalização, a aplicação de pena diversa do encarceramento.

Sendo a fase da transação penal (art. 76), um dos momentos procedimentais que mais se amolda ao eixo ideológico do Direito Penal Mínimo, - porquanto possibilita a extinção da punibilidade do suposto autor dos fatos sem que haja o *ius accusationis* -, procuramos demonstrar que o descumprimento injustificado do acordo homologado implica no oferecimento *incontinenti* da denúncia e não na execução da sentença homologatória na forma do artigo 85, como grande parte da doutrina entende como sendo o procedimento correto.

A busca da solução dos conflitos de menor potencial ofensivo com a aplicação de penas diversas da privativa de liberdade, inclusive frente à falência do sistema penitenciário brasileiro, parece-nos um norte a seguir, até mesmo para se respeitar o princípio universalmente consagrado da dignidade da pessoa humana e para se amoldar ao ideal Garantista almejado por Ferrajoli, consagrando leis válidas e consoantes ao anseio social.

Por tais razões, acreditamos que poderá haver uma resposta jurisdicional mais adequada a um delito de menor poder ofensivo, sem que ocorra qualquer prejuízo para os envolvidos no conflito penal, com o início do processo sumaríssimo, previsto no artigo 77 e seguintes da Lei dos Juizados Especiais Criminais, pois, não haverá lugar para a impunidade e tampouco serão preteridos princípios basilares instituídos na Constituição Federal de 1988, sobretudo àqueles condizentes ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa e, ainda, ao estado de inocência (art. 5º, incisos LIV, LV e LVII, respectivamente).

A título de sugestão legislativa, malgrado a má técnica utilizada pelo legislador, impõe-se, que, assim como ocorre na suspensão condicional do processo, fosse o prazo prescricional suspenso enquanto o beneficiado cumprisse a pena imediata, a fim de que, desta forma, se evitasse protelações em busca do reconhecimento da prescrição.

Urge, por fim, que pode ser aplicada sanção alternativa para os casos de descumprimento da sanção penal, sem que sejam feridos princípios constitucionais. A exemplo, o magistrado pode deixar de substituir a pena privativa de liberdade, quando da prolação de sentença condenatória, por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, inciso

III, do Código Penal, sob a alegação de que a medida não se mostra adequada a reprimir a conduta ilícita do agente.



## REFERÊNCIAS

- ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarço. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Aspectos Destacados**. Florianópolis - SC, Ed. Obra Jurídica Ltda., 1996.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**, edição atualizada, revista e ampliada, editora Jurídica Brasileira, São Paulo, 2000.
- ALVES, César Henrique. **Consequências do descumprimento da proposta de transação penal art. 76 da Lei 9099/95**, <http://www.jus.com.br/doutrina/transape.html>. Disponível na Internet desde 29/07/98.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 6a ed., Biblioteca Clássica, Vol. XXII, São Paulo-SP, Atena Editora, 1959.
- BECHARA, et al. **Princípios constitucionais do processo penal: Questões polêmicas**. Data: 06/03/2005. Disponível em: [http://www.escriitorioonline.com/webnews/noticia.php?id\\_noticia=5582&](http://www.escriitorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5582&).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, V. 1, 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Editora Campus, 7ª edição, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 6a ed. Brasília-DF, Universidade de Brasília, 1995.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 9.268, de 1º de Abril de 1996. **Diário Oficial da república Federativa do Brasil**. Brasília, 2 de Abril de 1996. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).
- BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de Julho de 2001. **Diário Oficial da república Federativa do Brasil**. Brasília, 13 de Julho de 2001. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).
- BRASIL. Lei nº 11.313, de 24 de Julho de 2006. **Diário Oficial da república Federativa do Brasil**. Brasília, 29 de Junho de 2006. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).
- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial da república Federativa do Brasil**. Brasília, 27 de setembro de 1995. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Diário Oficial da república Federativa do Brasil**. Brasília, 13 de julho de 1984. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 12ª edição, revista e atualizada, editora Saraiva, 2005, São Paulo.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et alli*. **Teoria Geral do Processo**. 12a ed., São Paulo-SP, Malheiros, 1996.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **O Descumprimento da Transação Penal**. <http://www.geocities.com/CapitolHill/Lobby/1647/transacao.htm> . Disponível na Internet desde 12/03/2000.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 2ªed., Rio de Janeiro-RJ, Renovar, 1988.

DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais - Comentários**. Rio de Janeiro-RJ, Aide, 1996.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O Direito e a Hipercomplexidade**. [www.iaccess.com.br/roney/hiper.htm](http://www.iaccess.com.br/roney/hiper.htm) . Disponível na Internet desde 23/11/1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª edição revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo-SP, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo**. São Paulo-SP, RT, 1995.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal - Parte Geral**, editora Saraiva, 9ª edição, São Paulo, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **Juizados Especiais Criminais**. 2a ed., Revista e Atualizada, São Paulo-SP, RT, 1997.

HOBBS DE MALMESBURG, Tomás. **Leviatã ou Matéria, forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nissa da Silva. 3a ed., Os Pensadores, São Paulo-SP, Abril Cultural, 1983.

JESUS, Damásio de. **Lei dos Juizados Especiais Anotada**. 3a ed., São Paulo-SP, Saraiva, 1996.

JUNKES, Maria Bernadete; SANTOS, Maria Lindomar dos. **Trabalhos Acadêmicos: A facilidade em desenvolvê-los**. Rolim de Moura-RO: D'press Editora & Gráfica Ltda-ME, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo-SP, Martins Fontes, 1991.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 1ª edição. Atual Campinas: Bookseller, 1997. v. I.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais - Comentários, Jurisprudência e Legislação**. 3a ed., São Paulo-SP, Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Penal. 9a ed., Vol. 1 - Parte Geral, São Paulo-SP, Atlas, 1995.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo-SP, Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 3ª edição, 3ª tiragem, revista, ampliada e atualizada, editora Del Rey, 2004, Belo Horizonte.

PAZZAGLINI FILHO, Marino *et alli*. **Juizado Especial Criminal: Aspectos Práticos da Lei no 9.099/95**. 2ª ed. com Jurisprudência Atualizada, São Paulo-SP, Atlas, 1997.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Albertino Pinheiro. 7a ed., Biblioteca Clássica, São Paulo-SP, Atena, 1959.

PRADO, Geraldo. Disponível em <http://www.estacio.br/graduação/direito/revista3/artigo12.htm>, acesso em 27/03/07.

SILVA JR, Edson Miguel. **Lei 9.099/95: Descumprimento da Pena Imediata**. Disponível em: <http://216.239.51.104/search?q=cache:M0CZ3vPIZlKJ:www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id68.htm%3Fimpressao%3D1%26+Edison+Miguel+da+Silva+Nesse+novo+modelo&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=2&gl=br&client=firefox-a>

STIPP, Álvaro. Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>, acesso em 23/05/07.

ZANATTA, Airton. **A transação penal e o poder discricionário do ministério público (doutrina, jurisprudência e a legislação do juizado especial criminal atualizada)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

## **ANEXOS**

## Anexo I

ENUNCIADOS ATUALIZADOS ATÉ O XX ENCONTRO NACIONAL DE  
COORDENADORES DE JUÍZADOS ESPECIAIS DO BRASIL  
29 de novembro e 1º de dezembro de 2006 – São Paulo – SP

ENUNCIADOS CÍVEIS

...

ENUNCIADOS CRIMINAIS

Enunciado 1 - A ausência injustificada do autor do fato à audiência preliminar implicará em vista dos autos ao Ministério Público para o procedimento cabível.

Enunciado 2 - O Ministério Público, oferecida à representação, em juízo, poderá propor diretamente a transação penal, independentemente do comparecimento da vítima à audiência preliminar. (Redação alterada no XI Encontro, em Brasília-DF). (GRIFO NOSSO)

Enunciado 3 - O prazo decadencial para a representação nos crimes de ação pública condicionada é de trinta (30) dias, contados da intimação da vítima, para os processos em andamento, quando da edição da Lei 9.099/95.

Enunciado 4 - SUBSTITUÍDO pelo Enunciado 38.

Enunciado 5 – CANCELADO em razão da nova redação do Enunciado 46.

Enunciado 6 – O artigo 28 do Código de Processo Penal é inaplicável, no caso de não apresentação de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo, cabendo ao juiz apresentá-las de ofício, quando satisfeitos os requisitos legais.

Enunciado 7 – (CANCELADO)

Enunciado 8 - A multa deve ser fixada em dias-multa, tendo em vista o art. 92 da Lei 9.099/95, que determina a aplicação subsidiária dos Códigos Penal e de Processo Penal.

Enunciado 9 - A intimação do autor do fato para a audiência preliminar deve conter a advertência da necessidade de acompanhamento de advogado e de que, na sua falta, ser-lhe-á nomeado Defensor Público.

Enunciado 10 - Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste.

Enunciado 11 - Os acréscimos do concurso formal e do crime continuado não devem ser levados em consideração (para efeito de aplicação da Lei 9.099/95) (Substituído no XIX Encontro – Aracaju/SE pelo Enunciado 80).

Enunciado 12 – (Substituído no XV Encontro – Florianópolis/SC pelo Enunciado 64).

Enunciado 13 - É cabível o encaminhamento de proposta de transação através de carta precatória.

Enunciado 14 - É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada

ao cumprimento do avençado. (SUBSTITUÍDO pelo Enunciado 57 – XIII Encontro - Campo Grande/MS - Substituído no XIX Encontro – Aracaju/SE pelo Enunciado 79.

Enunciado 15 – O Juizado Especial Criminal é competente para execução da pena de multa. (Alteração aprovada no XII Encontro – Maceió - AL)

Enunciado 16 - Nas hipóteses em que a condenação anterior não gera reincidência, é cabível a suspensão condicional do processo.

Enunciado 17 - É cabível, quando necessário, interrogatório através de carta precatória, por não ferir os princípios que regem a Lei 9.099/95.

Enunciado 18 - Na hipótese de fato complexo, as peças de informação deverão ser encaminhadas à Delegacia Policial para as diligências necessárias. Retornando ao Juizado e sendo o caso do artigo 77, parágrafo 2.º, da Lei n. 9.099/95, as peças serão encaminhadas ao Juízo Comum.

Enunciado 19 - SUBSTITUÍDO PELO ENUNCIADO 48. (Aprovado no XII Encontro – Maceió/AL)

Enunciado 20 - A proposta de transação de pena restritiva de direitos é cabível, mesmo quando o tipo em abstrato só comporta pena de multa. (GRIFO NOSSO)

Enunciado 21 - (CANCELADO).

Enunciado 22 - Na vigência do sursis, decorrente de condenação por contravenção penal, não perderá o autor do fato o direito à suspensão condicional do processo por prática de crime posterior.

Enunciado 23 - (CANCELADO)

Enunciado 24 - SUBSTITUÍDO pelo Enunciado 54.

Enunciado 25 - O início do prazo para o exercício da representação do ofendido começa a contar do dia do conhecimento da autoria do fato, observado o disposto no Código de Processo Penal ou legislação específica. Qualquer manifestação da vítima que denote intenção de representar vale como tal para os fins do art. 88 da Lei 9.099/95.

Enunciado 26 - SUBSTITUÍDO pelo Enunciado 55.

Enunciado 27 - Em regra não devem ser expedidos ofícios para órgãos públicos, objetivando a localização de partes e testemunhas nos Juizados Criminais.

Enunciado 28 - Em se tratando de contravenção às partes poderão arrolar até três testemunhas, e em se tratando de crime o número admitido é de cinco testemunhas, mesmo na hipótese de concurso de crimes. (CANCELADO – XVII Encontro – Curitiba/PR)

Enunciado 29 - Nos casos de violência doméstica, a transação penal e a suspensão do processo deverão conter, preferencialmente, medidas sócio - educativas, entre elas acompanhamento psicossocial e palestras, visando à reeducação do infrator, evitando-se a aplicação de pena de multa e prestação pecuniária. (Alteração aprovada no XII Encontro – Maceió-AL)

Enunciado 30 – (CANCELADO – Incorporado pela Lei n. 10.455/02)

Enunciado 31 - O conciliador ou juiz leigo não está incompatibilizado nem impedido de exercer a advocacia, exceto perante o próprio Juizado Especial em que atue ou se pertencer aos quadros do Poder Judiciário.

Enunciado 32 - O Juiz ordenará a intimação da vítima para a audiência de suspensão do processo como forma de facilitar a reparação do dano, nos termos do art. 89, parágrafo 1º, da Lei 9.099/95.

Enunciado 33 - Aplica-se, por analogia, o artigo 49 do Código de Processo Penal no caso da vítima não representar contra um dos autores do fato.

Enunciado 34 - Atendidas as peculiaridades locais, o termo circunstanciado poderá ser lavrado pela Polícia Civil ou Militar.

Enunciado 35 - Até o recebimento da denúncia é possível declarar a extinção da punibilidade do autor do fato pela renúncia expressa da vítima ao direito de representação.

Enunciado 36 - Havendo possibilidade de solução de litígio de qualquer valor ou matéria subjacente à questão penal, poderá ser reduzido a termo no Juizado Especial Criminal e encaminhado via distribuição para homologação no juízo competente, sem prejuízo das medidas penais cabíveis.

Enunciado 37 - O acordo civil de que trata o enunciado 36 poderá versar sobre qualquer valor ou matéria.

Enunciado 38 - SUBSTITUI o Enunciado 4 - A Renúncia ou retratação colhida em sede policial será encaminhada ao Juizado Especial Criminal e , nos casos de violência doméstica, deve ser designada audiência para sua ratificação.

Enunciado 39 - Nos casos de retratação ou renúncia do direito de representação que envolvam violência doméstica, o Juiz ou o conciliador deverá ouvir os envolvidos separadamente.

Enunciado 40 - Nos casos de violência doméstica, recomenda-se que as partes sejam encaminhadas a atendimento por grupo de trabalho habilitado, inclusive como medida preparatória preliminar, visando a solução do conflito subjacente à questão penal e à eficácia da solução pactuada.

Enunciado 41 – (CANCELADO – vide enunciado 29)

Enunciado 42 - A oitiva informal dos envolvidos e de testemunhas, colhida no âmbito do Juizado Especial Criminal, poderá ser utilizada como peça de informação para o procedimento.

Enunciado 43 - O acordo em que o objeto for obrigação de fazer ou não fazer deverá conter cláusula penal em valor certo, para facilitar a execução cível.

Enunciado 44 - No caso de transação penal homologada e não cumprida, o decurso do prazo prescricional provoca a declaração de extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão executória. (GRIFO NOSSO)

Enunciado 45 – (CANCELADO).

Enunciado 46 - A Lei nº 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, com ou sem cumulação de multa, independente do procedimento (Alteração aprovada no XII Encontro - Maceio-AL).

Enunciado 47 – redação alterada pelo Enunciado 71 Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC.

Enunciado 48 - O recurso em sentido estrito é incabível em sede de Juizados Especiais Criminais.

Enunciado 49 - Na ação de iniciativa privada, cabe a transação penal e suspensão condicional do processo, por iniciativa do querelante ou do juiz. (Alteração aprovada no XII Encontro, Maceió-AL).

Enunciado 50 - (CANCELADO no XI Encontro, em Brasília-DF).

Enunciado 51 - A remessa dos autos à Justiça Comum, na hipótese do art. 66, parágrafo único, da Lei 9099/95 (Enunciado 12), exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá com localização do acusado.

Enunciado 52 - A remessa dos autos à Justiça Comum, na hipótese do art. 77, parágrafo 2º, da Lei 9099/95 (Enunciado 18), exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá ainda que afastada a complexidade.

Enunciado 53 - No Juizado Especial Criminal, o recebimento da denúncia, na hipótese de suspensão condicional do processo, deve ser precedido da resposta prevista no art. 81 da Lei 9099/95.

Enunciado 54 - SUBSTITUI o Enunciado 24 - O processamento de medidas despenalizadoras, aplicáveis ao crime previsto no art. 306 da Lei nº 9503/97, por força do parágrafo único do art. 291 da mesma Lei, não compete ao Juizado Especial Criminal.

Enunciado 55 - (CANCELADO no XI Encontro, em Brasília-DF).

Enunciado 56 - Os Juizados Especiais Criminais não são competentes para conhecer, processar e julgar feitos criminais que versem sobre delitos com penas superiores a um ano ajuizados até a data em vigor da Lei n. 10.259/01 (Aprovado no XI Encontro – Brasília-DF). (GRIFO NOSSO)

Enunciado 57 - A transação penal será homologada de imediato e poderá conter cláusula de que, não cumprida, o procedimento penal prosseguirá. (Aprovado no XIII Encontro – Campo Grande/MS - Substituído no XIX Encontro – Aracaju/SE pelo Enunciado 79. (GRIFO NOSSO)

Enunciado 58 - A transação penal poderá conter cláusula de renúncia à propriedade do objeto apreendido. (Aprovado no XIII Encontro – Campo Grande/MS).

Enunciado 59 - O juiz decidirá sobre a destinação dos objetos apreendidos e não reclamados no prazo do art. 123 do CPP. (Aprovado no XIII Encontro – Campo Grande/MS).

Enunciado 60 - Exceção da verdade e questões incidentais não afastam a competência dos Juizados Especiais, se a hipótese não for complexa. (Aprovado no XIII Encontro – Campo Grande/MS).

Enunciado 61 - O processamento de medida despenalizadora prevista no artigo 94 da Lei 10.741/03, não compete ao Juizado Especial Criminal. (Aprovado no XIV Encontro – São Luís/MA)

Enunciado 62 - O Conselho da Comunidade poderá ser beneficiário da prestação pecuniária e deverá aplicá-la em prol da execução penal e de programas sociais, em



especial daqueles que visem a prevenção da criminalidade. (Aprovado no XIV Encontro – São Luis/MA)

Enunciado 63 - As entidades beneficiárias de prestação pecuniária, em contrapartida, deverão dar suporte à execução de penas e medidas alternativas. (Aprovado no XIV Encontro – São Luis/MA).

Enunciado 64 (Substitui o Enunciado 12) - O processo será remetido ao Juízo Comum após a denúncia, havendo impossibilidade de citação pessoal no Juizado Especial Criminal, com base em certidão negativa do Oficial de Justiça, ainda que anterior à denúncia. (Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC).

Enunciado 65 - Nas hipóteses dos artigos 362 e 363, inciso I, do Código de Processo Penal, aplica-se o parágrafo único do artigo 66 da Lei 9.099/95 (Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC).

Enunciado 66 - É direito do réu assistir à inquirição das testemunhas, antes de seu interrogatório, ressalvado o disposto no artigo 217 do Código de Processo Penal. No caso excepcional de o interrogatório ser realizado por precatória, ela deverá ser instruída com cópia de todos os depoimentos, de que terá ciência o réu (Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC).

Enunciado 67 - A possibilidade de aplicação de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículos automotores por até cinco anos (art. 293 da Lei nº 9.503/97), perda do cargo, inabilitação para exercício de cargo, função pública ou mandato eletivo ou outra sanção diversa da privação da liberdade, não afasta a competência do Juizado Especial Criminal (Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC).

Enunciado 68 - É cabível a substituição de uma modalidade de pena restritiva de direitos por outra, aplicada em sede de transação penal, pelo juízo do conhecimento, a requerimento do interessado, ouvido o Ministério Público (Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC).

Enunciado 69 - (Alterado no XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ – Enunciado 74) – redação original: Deve ser tentada a conciliação (composição civil) visando atender ao princípio da pacificação social, mesmo transcorrido o prazo decadencial ou prescricional (Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC).

Enunciado 70 - O conciliador ou o juiz leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação (Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC).

Enunciado 71 - A expressão conciliação prevista no artigo 73 da Lei 9099/95 abrange o acordo civil e a transação penal, podendo a proposta do Ministério Público ser encaminhada pelo conciliador ou pelo juiz leigo, nos termos do artigo 76, § 3º, da mesma Lei (nova redação do Enunciado 47 - Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC).

Enunciado 72 - A proposta de transação penal e a sentença homologatória devem conter obrigatoriamente o tipo infracional imputado ao autor do fato, independentemente da capitulação ofertada no termo circunstanciado (Aprovado no XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ)

Enunciado 73 - O juiz pode deixar de homologar transação penal em razão de atipicidade, ocorrência de prescrição ou falta de justa causa para a ação penal, equivalendo tal decisão à rejeição da denúncia ou queixa (Aprovado no XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ).

Enunciado 74 (substitui o Enunciado 69) - A prescrição e a decadência não impedem a homologação da composição civil (Aprovado no XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ).

Enunciado 75 – É possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto (Aprovado no XVII Encontro – Curitiba/PR).

Enunciado 76 – A ação penal relativa à contravenção de vias de fato dependerá de representação (Aprovado no XVII Encontro – Curitiba/PR).

Enunciado 77 – O juiz pode alterar a destinação das medidas penais indicadas na proposta de transação penal (Aprovado no XVIII Encontro – Goiânia/GO).

Enunciado 78 – No caso de concurso material as penas serão consideradas de per si, para fixação da competência (Aprovado no XVIII Encontro – Goiânia/GO ((Substituído no XIX Encontro – Aracaju/SE pelo Enunciado 80).

Enunciado 79 (novo) - Substitui os Enunciados 14 e 57 – É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal EM QUE NÃO HAJA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao PRÉVIO cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito (Aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE).

Enunciado 80 (novo) - Substitui os enunciados 11 e 78 – No caso de concurso de crimes (material ou formal) e continuidade delitiva, as penas serão consideradas isoladamente para fixação da competência (aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE).

Enunciado 81 (novo) - O relator, nas Turmas Recursais Criminais, em decisão monocrática, poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado, ou julgar extinta a punibilidade, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de cinco dias (aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE).

Enunciado 82 (novo) - O autor do fato previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 deverá ser encaminhado à autoridade policial para as providências do art. 48, §2º da mesma Lei. Enunciado 83 (novo) - Ao ser aplicada a pena de advertência, prevista no art. 28, I, da Lei nº 11.343/06, sempre que possível deverá o juiz se fazer acompanhar de profissional habilitado na questão sobre drogas (aprovado no XX Encontro – São Paulo/SP).

Enunciado 84 (novo) - Em caso de ausência injustificada do usuário de drogas à audiência de aplicação da pena de advertência, cabe sua condução coercitiva (aprovado no XX Encontro – São Paulo/SP).

Enunciado 85 (novo) - Aceita a transação penal, o autor do fato previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 deve ser advertido expressamente para os efeitos previstos no parágrafo 6º do referido dispositivo legal (aprovado no XX Encontro – São Paulo/SP).

## ANEXO II

HABEAS CORPUS N. 79.572-GO. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO - “EMENTA: HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do hábeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, ao fim da verdade.

“TRANSAÇÃO - JUÍZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retomando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. “Relatório: Valho-me do relato que tive oportunidade de elaborar ao proceder ao exame do pedido de medida acauteladora e deferi-la: “O Procurador-Geral de Justiça Substituto do Estado de Goiás subscreve a inicial deste habeas corpus relatando que Cleber de Souza Batista transacionou nos autos da ação penal contra si intentada considerado o tipo do artigo 233 do Código Penal – ultraje público ao pudor. Aceitou prestar serviços à comunidade, junto ao Lar Vicentino, pelo período de dois meses, em limite mínimo de quatro horas semanais. O descumprimento do que acertado resultou na revogação do acordo, vindo o Juízo, de forma imediata, a converter a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade - detenção a ser cumprida em regime aberto, sendo determinada a expedição do mandado de prisão. O habeas corpus impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás - de nº 15.186-1/217 - 9800755950, visando a fulminar a ordem de prisão e ter-se a sequência da ação penal, não frutificou. Interposto recurso ordinário, o Superior Tribunal de Justiça desproveu-o - Recurso em Habeas Corpus no 8.198- 98/0096138-6, oportunidade em que ficou vencido o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

“O Impetrante evoca as garantias constitucionais dos incisos LIV e LVII do artigo 50 da Constituição Federal, consoante as quais ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, nem será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que não chegara a ocorrer porquanto se empolgara [sic] a norma do artigo 92 da Lei no 9.099/95, preceito a direcionar à aplicação subsidiária das disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal no que não incompatíveis com a regência do processo tal como nela prevista. É que se mostrara adequada a regra do artigo 45 do Código Penal, reveladora da conversão de pena restritiva de direito em privativa de liberdade pelo tempo da primeira, isso na hipótese de inadimplemento injustificado da restrição imposta. Ressalta o subscritor da inicial a importância da tema porque envolvidos preceitos constitucionais viabilizadores do direito de defesa. Em síntese, ter-se-ia na espécie, sem tramitação normal do processo alusiva à ação, a ser instruído, e substituição automática da transação efetuada por ato que, sem o indispensável julgamento, estaria a evidenciar a imposição de pena privativa de liberdade. Requer-se liminar no sentido da suspensão da execução da pena (folhas 107 e 108).

“Por se tratar de matéria estritamente de direito e já estando nos autos o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça que, segundo a inicial, revela o constrangimento, dispensei

as informações, determinando a remessa dos autos à Procuradoria Geral da República. O parecer de folha 119 à 125 é no sentido do conhecimento e denegação da ordem, estando assim ementado:

“Habeas Corpus. Lei 9.099/95. Transação Penal. O descumprimento de pena de prestação de serviços à comunidade imposta em decorrência de transação penal permite, de logo, a conversão em pena privativa de liberdade, vez que a sentença que homologa a transação tem natureza condenatória. Improcedente alegação de violação dos incisos LIV e LVII, artigo 5º da Constituição Federal (folha 119).

“O Ministério Público adota a óptica constante do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, ao aceitar a transação penal, o acusado assume a culpa, ficando o Estado acusador dispensado de prová-la. Ter-se-ia, na espécie, renúncia expressa a certas garantias. A partir de lição de Júlio Mirabetti [sic], consta, no parecer, que o procedimento em audiência preliminar, no juizado especial, já consubstancia o devido processo legal, devendo ser observada a norma do artigo 92 da Lei no 9.099/95, aplicando-se, assim, subsidiariamente, as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, ante a falta de incompatibilidade. Por isso deu-se como incidente, na hipótese, o texto do artigo 45 do Código Penal, no sentido da possibilidade de substituição da pena privativa de direitos pela privativa do exercício da liberdade.

“Voto:- Registre-se, em primeiro lugar, que este habeas corpus veio a ser formalizado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, estando a peça primeira subscrita pelo Procurador-Geral de Justiça Substituto, Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior, O fato bem revela a seriedade da impetração e, mais do que isso, o cumprimento do múnus público, a atuação equidistante do Órgão, no que voltada à busca da prevalência do arcabouço normativo constitucional, da predominância da verdade real, entendida esta última em seu sentido lato. A ação constitucional de habeas corpus não possui balizamento rígido sobre legitimados, abrangendo, a norma primária de regência para ajuizá-la, qualquer do povo, podendo, inclusive, ser concedido de ofício, o que se dirá quando a impetração ocorre mediante ato de quem tem o dever de tomar prevalecente a ordem jurídica. Neste sentido é a jurisprudência desta Corte, pouco importando a atuação de regra, como Estado-acusador, na persecução criminal. Por outro lado, o habeas está dirigido contra ato do Superior Tribunal de Justiça, enquadrando-se, assim, na competência desta Corte. Conheço da impetração.

“Ao deferir a medida acauteladora, ressaltei: “A matéria veiculada possui contornos que a demonstram da maior relevância. Conforme consignado no fecho do relatório supra, a imposição da pena privativa de liberdade fez-se de maneira automática, sem a tramitação, em si, do processo consubstanciador da ação penal. A primeira visão que surge direciona no sentido de distinguir-se entre as penas restritivas de direitos, tais como previstas no Código Penal, verificando-se verdadeira substituição, e aquelas fixadas na Lei no 9.099/95 em razão de fenômeno que antecede a instrução do processo penal, a conclusão sobre a culpa do acusado, O instituto da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, tal como disciplinado no Código Penal, pressupõe, para ser alvo de implemento, condenação do Juízo e, portanto, o ato derradeiro da ação penal que é a prolação da sentença, enquanto aquele versado na Lei no 9.099/95 precede, a teor do disposto no artigo 76, a instrução e a formação de entendimento pelo Estado-juiz sobre o processo existente, a ação penal ajuizada, ou não, pelo Ministério Público. Atente-se para a circunstância de no artigo 76 cogitar-se de representação ou crime de ação penal pública incondicionada, autorizando-se o Ministério Público a propor “a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas a ser especificada na proposta”. Há de interpretar-se o novo arcabouço normativo em harmonia com os princípios maiores constantes da Constituição Federal, resistindo-se à tentação de

formalizar-se título executivo judicial penal sem o respeito ao devido processo, viabilizada, à exaustão, a defesa (folha 108).

“Tal óptica não restou abalada pelo parecer da Procuradoria Geral da República, em que pese a pena proficiente do autor - Subprocurador Marden Costa Pinto. Aliás, permito-me pinçar do que elaborado lição das mais precisas, ou seja, de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Comes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Comes em “Juizados Especiais Criminais”, Editora Revista dos Tribunais, 1996, página 134:

“A aplicação da sanção penal será feita por sentença, que não se poderá considerar condenatória, uma vez que não houve sequer acusação.

“Trata-se de sentença nem condenatória nem absolutória, mas simplesmente de sentença homologatória de transação penal, com eficácia de título executivo.

“É exatamente o que ocorre no campo processual civil: a homologação da transação não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor, mas sentença que, homologando a vontade das partes, constitui título executivo judicial (art. 584, III, CPC).

“Rememore-se a espécie dos autos. Formalizou-se termo de ocorrência, tendo em conta o tipo do artigo 233 do Código Penal - ultraje público ao pudor - e, aí, designou-se, no Juizado Especial Criminal da Comarca de Itumbiara, data para a audiência preliminar. Nesta, o Ministério Público formulou “a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, consistente em prestação de serviços à comunidade junto ao LAR VICENTINO, pelo período de 02 meses, laborando durante 04 horas semanais. A vítima não mensurou qualquer dano”. Então, consultados o envolvido e o profissional da advocacia, concordaram com a proposta (folha 16). Vale dizer que não foi sequer formalizada a peça primeira da ação penal, ou seja, a denúncia, em si. Ora, não há como aplicar, à espécie, a menos que sejam colocados em plano secundário princípios constitucionais, o disposto no artigo 45 do Código Penal. Está-se diante de incompatibilidade reveladora de não ser o preceito nele contido fonte subsidiária no processo submetido ao juizado especial. Essa conclusão decorre do fato de a conversão das penas restritivas de direitos em penas restritivas do exercício da liberdade, tal como prevista no artigo 45 do Código Penal, pressupor, sempre, o regular processo, a regular tramitação da ação penal, a persecução criminal nos moldes contemplados pela ordem jurídica em vigor. Dá-se a instrução da ação penal, viabilizado o direito de defesa, e a prolação de sentença condenatória, vindo a ocorrer, aí sim, em passo seguinte, a conversão. Aliás, o princípio da razoabilidade, a razão de ser das coisas, cuja força é insuplantável, direciona no sentido de a conversão pressupor algo já existente, e isso diz respeito à pena privativa do exercício da liberdade. Vale considerar, portanto, que a substituição faz-se tendo em conta decreto condenatório de maior gravame. Isso não se verifica quando em jogo a transação prevista no artigo 76 da Lei no 9.099/95. A proposta precede, até mesmo, a formalização de denúncia.

Tem a sentença respectiva força de título executivo-judicial.

Entrementes, fica este submetido à condição resolutiva estampada no descumprimento do que pactuado. Salta aos olhos a impossibilidade de imprimir-se, à espécie, caráter automático, queimando-se fase que a Carta da República registra como indispensável a que alguém perca a liberdade.

Não é demais considerar a natureza imperativa, o caráter, até mesmo, de ordem pública dos preceitos insertos nos incisos LIV e LVII do artigo 5o da Constituição Federal, afastando, por presunção de mostrar-se inteiramente viciada, manifestação de vontade que implique o menosprezo ao que previsto:

“Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.  
“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

“Disseram bem os Autores supramencionados que o termo de homologação do acordo não ganha contornos de sentença condenatória, muito menos quanto ao exercício da liberdade de ir e vir. Esse é uniforme, mais consentâneo com a nossa ordem jurídico-constitucional. Valorize-se o instituto da ação penal regida pela lei dos juizados especiais, sem, contudo, chegar-se a extravagância contrária ao Estado Democrático de Direito, como é a relativa a ter-se alguém privado do exercício da liberdade sem o devido processo, sem a oportunidade de defender-se, presentes o contraditório e a prova da culpa, sempre a cargo do Estado acusador. Já em 1998, outra não foi a conclusão do 4º encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, realizado no Rio de Janeiro. O Enunciado no 21 bem proclamou:

“O inadimplemento do avençado na transação penal, pelo autor do fato, importa desconstituição do acordo e, após cientificação do interessado e seu defensor, determina a remessa dos autos ao Ministério Público.

“Nem se diga que a visão resulta em desprestígio para o texto da Lei nº 9.099/95. Possível a execução direta do que acordado, esta há de ocorrer aplicando-se, subsidiariamente, as normas processuais comuns. Tratando-se de obrigação de fazer de cunho pessoal, impossível é substituí-la na forma estampada no acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Por isso, bem andou o Ministério Público do Estado de Goiás, no Processo nº 627/96, da Comarca de Itumbiara, ao requerer ao Juízo a revogação do termo de transação penal celebrado na audiência preliminar, pleiteando, ainda, a vista dos autos para oferecimento da denúncia ou requerimento de baixa à delegacia de polícia para a instauração de inquérito policial (folhas 28 e 29). Claudicaram Juízo (folha 30 à 34), Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (folha 44 à 57) e Superior Tribunal de Justiça (folha 85 à 97), valendo notar que, neste último, dissentiu da tese sufragada o Ministro-Presidente da Turma julgadora - a Sexta Turma -, ou seja, o Ministro Luís Vicente Cernicchiaro, oportunidade na qual externou o alcance da Lei nº 9.099/95.

“Concedo a ordem para fulminar a conversão verificada, abrindo margem, assim, à remessa do processo ao Ministério Público para que formalize o que de direito.”